Anweisung und Scheck

im

Konkurse des Ausstellers.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER

UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

BACC. IUR. SIEGFRIED HIRSCH

REFERENDAR IN DRESDEN.

ACAD. LIBR. RAT. MDL.

DRESDEN

BUCHDRUCKEREI J. THEMAL

1909.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit!

Inhalt.

		Seite
§ 1	Einleitung	1
	I. Buch: Die Anweisung im Konkurse des Ausstellers.	
§ 2	1 Kapitel. Die rechtliche Natur der Anweisung	2
	2. Kapitel. Die Anweisung im Konkurse des Ausstellers.	
§ 3	a) Bestehenbleiben und Widerruf	11
§ 4	b) Annahme und Zahlung	16
§ 5	c) Anfechtung	24
	II. Buch. Der Scheck im Konkurse des Ausstellers.	
§ 6	1. Kapitel. Bestehenbleiben, Widerruf und Einlösung	35
§ 7	2. Kapitel. Anfechtung	42
§ 8	3. Kapitel. Einwirkungen auf den Scheckvertrag	50
§ 9	4. Kapitel. Die Giroanweisung	54

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Apt, Kommentar zum Scheckgesetz, 1908.

Buff, Kommentar zum Scheckgesetz, 1908.

Breit, Die Grundlagen des internen Scheckrechts in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 1909, S. 445 ff.

Brodmann, Zur Lehre vom Girovertrag in Goldschmidts Zeitschrift Band 48, S. 135 ff.

v. Canstein, Check, Wechsel und deren Deckung, 1890.

„ Zum vorläufigen Entwurf eines Deutschen Scheckgesetzes vom 13. Juli 1907 in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1907, S. 609 ff.

Conrad, Handbuch des Deutschen Scheckrechts, 1908.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, 1891.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 3. Auflage, 1906.

Dernburg, Preussisches Privatrecht, 4. Auflage, 1889.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 1901.

Fick, Die Frage der Checkgesetzgebung auf dem europäischen Kontinent, 1897.

Fischer-Henke, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs, 8. Auflage, 1909.

Fürst, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1908, S. 407 ff.

Gerland, Rezension von Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Wissenschaft 1905 S. 31 ff.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

„ Rezension von Lent, „Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse“ in der Deutschen Juristenzeitung 1908 S. 91.

Herzfeld, Die Widerruflichkeit des Schecks in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1908 S. 435 ff.

Hoffmann, Der Scheck und das Bürgerliche Gesetzbuch im Bankarchiv, Band 4, S. 130 ff.

Hupke, Die Vollmacht, 1900.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 3/4 Auflage.

Kisch, Elsass-Lothringisches Landesprivatrecht, 1905.

Klein, Die Zahlungseinstellung des Girokunden in Goldschmidts Zeitschrift Band 55, S. 181

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891.

„ Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Auflage, 1903.

Kuhlenbeck, Das Deutsche Scheckgesetz, 1908.

Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts, 1908.

Lenel, Stellvertretung u. Vollmacht in Iherings Jahrb. Bd, 36, S. 113 ff.

Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, 1905.

Lessing, Kommentar zum Scheckgesetz, 1908.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 13. Auflage, 1907.

Mez, Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Giroverkehrs im Archiv für Bürgerl. Recht, Band 30, S. 47 ff.

Moltmann, Ziel und Wege einer deutschen Scheckgesetzgebung im Bankarchiv Band 4 S. 24 ff.

Oetker, Ueber den Einfluss der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Rechtsgeschäfte in Busch's Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozess Band 14 (1890) S. 1 ff.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage 1906.

Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen, die ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachteil seiner Gläubiger vornimmt 1881.

Pavlicek, Das Deutsche Scheckgesetz in der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, 1908 S. 33 ff.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, 4. Auflage, 1900.

Planck, Kommentar zum BGB, 3. Auflage, 1907.

Riehl, Die Anweisung, München, 1908.

v. Sarwey-Bossert, Konkursordnung, 4. Auflage, 1901.

Schiebler, Scheckgesetz, 1908.

Seuffert, Deutscher Konkursprozess, 1899.

Simonson, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Band 50 S. 43 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Auflage, 1907.

Staub-Stranz, Wechselordnung, 6. Auflage, 1909.

Staudinger, Kommentar zum BGB 3/4. Auflage, 1907/08.

v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung in Iherings Jahrbüchern, Band 48 S. 1 ff.

Wieland, Die Ermächtigung zum Leistungsempfang im Archiv für zivilistische Praxis Band 95 S. 161 ff.

v. Wilmowski-Kurlbaum, Konkursordnung, 6. Auflage, 1906.

v. Ziegler, Verbesserungen im Scheckverkehr im Bankarchiv Band 6 S. 218 ff.

Ferner:

Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (abgekürzt R.G.),

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts von Mugdan und Falkmann,

Entscheidungen des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. mitgeteilt in der Leipziger Zeitung für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1908 S. 176,

Entscheidung des Reichsgerichts im Bankarchiv Band 3 (Juninummer),

Begründung zum Entwurf eines Scheckgesetzes, Reichstagsvorlage vom 9. Januar 1908 (Drucksache No. 566) (abgekürzt Begr.),

Entwurf eines BGB, 1. Lesung, 1888,

Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 1888,

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum BGB. 1898.

§ 1.

Einleitung.

Als sich im Jahre 1907 die Geldknappheit in Deutschland besonders fühlbar machte und man Mittel suchte, um nach Möglichkeit eine die Industrie schwer gefährdende Diskonterhöhung, wie sie damals notwendig wurde, zu vermeiden, erkannte man es als das Beste, die Geldsurrogate zu vermehren, um dadurch einen großen Teil des im Publikum kursierenden ertraglosen Bargeldes in die Depots der Großbanken zu leiten, damit diese durch rechtzeitiges Aufkaufen von ausländischen Wechseln und ähnliche Geschäfte den ruhigen Stand unseres Geldmarktes schützen könnten.

Die Ausgabe neuer Banknoten allein konnte nicht genügen, da ihre Zahl durch das Erfordernis der baren Deckung bezw. Steuerzahlung begrenzt ist,[1]) eine Ausgabe von Noten über das Kontingent aber sofort eine Diskonterhöhung über 5% zur Folge haben müßte. Deshalb suchte man ernsthafter als bisher im Volke Vertrauen zu einem Zahlungsmittel zu erwecken, das sich anderwärts sehr bewährt hatte, nämlich zum Scheck, dessen Hauptvorzug neben der Erleichterung größerer Zahlungen vor allem darin besteht, daß er große Summen, die bisher als totes Kapital umliefen, in den Banken zentralisiert und so für die Regelung des Geldmarktes nutzbar macht.

Um aber dem Scheck die nötige Geltung zu verschaffen, war es nötig, die wichtigsten Grundlagen des Scheckverkehrs gesetzlich festzulegen, wie es durch das Gesetz vom 11. März 1908 geschehen ist. Zwar hatten sich zahlreiche Stimmen gegen eine gesetzliche Regelung ausgesprochen, weil sie die Entwickelung hemmen könnte; doch ist dies von unserem Scheckgesetz nicht zu befürchten, da es sich lediglich auf die ohnehin meist im Bankverkehr üblich gewesenen Grundsätze beschränkt und den weiteren Ausbau der Wissenschaft und Praxis überläßt.

---

[1]) Steuerfrei d. h. durch Barvorrat ungedeckt darf die Reichsbank 472,829 Millionen Mark ausgeben; für jede Banknote darüber sind 5% Steuer zu entrichten.

So schweigt das Gesetz z. B. vollständig über die Frage, welchen Einfluß der Konkurs eines der Beteiligten auf den Scheck ausübt, sodaß die Lösung nach den allgemeinen Bestimmungen des Konkursrechts zu suchen ist. Im folgenden soll uns die Frage beschäftigen, welche Wirkung der Konkurs des Ausstellers auf die mit dem Scheck zusammenhängenden Rechtsverhältnisse hat.

Ehe wir aber an die Beantwortung dieser Frage gehen, müssen wir feststellen, welcher Art das Rechtsverhältnis ist, das durch den Scheck herbeigeführt wird.

Das Gesetz gibt keine Definition des Schecks, sondern zählt nur in § 1 analog der Wechselordnung die wesentlichen Erfordernisse eines Schecks auf. Doch herrscht darüber Einigkeit, daß der Scheck eine besondere Art der Anweisung ist[1]) und zwar nach § 2 Scheckges. meist eine kaufmännische Anweisung, was indessen nicht stets der Fall zu sein braucht („sollen") und von keiner Bedeutung ist, da § 363 H. G. B. nur die Indossabilität der Anweisung regelt und jeder Scheck nach § 8 Scheckges. ein gesetzliches Orderpapier ist.

Da also der Scheck eine Unterart der Anweisung ist, wird es nötig. daß wir auf die Natur der Anweisung zurückgehen und erst die Folgen des Konkurses des Ausstellers auf sie untersuchen, um dann zu prüfen, inwieweit sich die gewonnenen Ergebnisse auf den Scheck anwenden lassen.

I. Buch.

Die Anweisung im Konkurse des Ausstellers.

§ 2.

Die rechtliche Natur der Anweisung.

Durch § 783 ff. BGB. ist die Anweisung zu einem besonderen Rechtsinstitut erhoben worden, doch herrscht über ihre Konstruktion immer noch Streit.

Man faßte früher die Anweisung als ein doppeltes Mandat auf, ein mandatum accipiendi und mandatum solvendi, (so noch das Pr. A. L. R. und Thöl), wobei man allein das Innenverhältnis im Auge hatte. Da dies jedoch kein Auftrag zu sein brauchte, so konstruierte man sie als zweiseitige Vollmacht und zwar des Angewiesenen zur Leistung und des Anweisungsempfängers zum Empfangen.

---

[1]) z. B. Kisch S. 292, Simonson S. 43, Kuhlenbeck § 1, 1. Note 3a, Breit S. 469.

In neuester Zeit noch wurde dann die Auffassung vertreten, daß in der Anweisung eine Vollmacht liege, es finde nämlich eine Stellvertretung des Anweisenden durch den Empfänger statt. Dies behaupten Lenel (S. 133 ff.), Hellwig (Verträge S. 100 und D. J. Z. S. 91), Gerland (S. 52) und Lent, doch weichen sie in der Begründung von einander ab. Während sie darüber einig sind, daß der Angewiesene im eigenen Namen leistet, lassen sie den Empfänger eine verschiedene Rolle spielen.

Nach Lenel (S. 115 f.), dem sich Hellwig (Verträge S. 100) anschließt, leistet der Angewiesene zur Anrechnung auf das zwischen ihm und dem Anweisenden bestehende Rechtsverhältnis. Indem er „auf Anweisung des Anweisenden" leiste, weise er den Empfänger auf jenes Kausalverhältnis hin, daß er als Stellvertreter des Anweisenden empfangen solle, und durch die Annahme handle der Empfänger notwendiger Weise als Stellvertreter des Anweisenden. Dies passe ebenso auf die Anweisung auf Schuld wie auf die auf Kredit. Demgemäß definiert Lenel die Anweisung als eine auf Lösung oder Knüpfung eines Kausalverhältnisses bezügliche Vollmacht.

Dagegen ist einzuwenden, daß in der Zahlung des Angewiesenen „auf Anweisung" schwerlich ein Hinweis auf das Deckungsverhältnis liegt. Vielmehr soll damit, wie Hupka (S. 79) richtig sagt, nur die formale Veranlassung der Leistung an den Empfänger bezeichnet werden. Das Deckungsverhältnis ist dem Empfänger meist gar nicht bekannt und Stellvertretung ohne Kenntnis des Gegenstandes der Vertretung giebt es nicht (Hupka a. a. O.). Auch hat der Empfänger gar nicht die Absicht, Stellvertreter des Anweisenden zu sein. da er ja die Leistung im eigenen Namen erhebt (§ 783 BGB). Ihn kümmert das Deckungsverhältnis nicht;[1]) die in diesem erzielte Wirkung wird, lediglich durch die zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden bestehende Verabredung herbeigeführt.[2])

Gewiß ließe sich dieser Erfolg auch durch eine Vollmacht des Empfängers erreichen und der Umstand hat gewiß den Anlaß zu jener Verwirrung gegeben. Doch bestehen zwischen der Ermächtigung des Anweisungsempfängers und der Inkassovollmacht noch weitere Unterschiede, die v. Tuhr in Iherings Jahrbüchern Band 48, S. 1 ff. erörtert und von denen die hauptsächlichsten folgende sind:

1. Nach § 787 II BGB ist der Angewiesene zur Leistung nicht verpflichtet, selbst wenn er Schuldner des Anweisenden ist. Er gerät also durch Verweigerung der Zahlung

[1]) vergl. l. 19 D. 46,2. Breit S. 477.
[2]) vergl. auch Riehl S. 17 f.

nicht in Verzug. Das Gegenteil wäre der Fall, wenn der Anweisungsempfänger zur Einziehung bevollmächtigt wäre; dann würde der Gläubiger durch ihn sein Recht ausüben, während die Einziehung mittelst Anweisung ein blosser Versuch ist.[1])

Darauf erwidert Lent (S. 55 f), daß § 787 II BGB der Vollmachtstheorie nicht entgegenstände, denn der Gläubiger könne Leistungen an den Bevollmächtigten nicht verlangen,[2]) wenn der Schuldner auch durch Nichtleistung in Verzug käme. Aber grade darin, daß er dann beim Anweisungsempfänger nicht, beim Bevollmächtigten doch in Verzug kommt, besteht ja der Unterschied. Auf das Recht des Gläubigers, die Leistung an einen Dritten verlangen zu können, kommt es hier nicht an.

2. Was die Befreiung des Schuldners anlangt, so erfolgt diese bei Leistung an den Bevollmächtigten unmittelbar nach § 164 B. G. B.; bei der Anweisung auf Schuld mußte es dagegen besonders gesagt werden, § 787 I BGB. Denn der Angewiesene leistet nicht solvendi causa direkt an einen zur Schuldtilgung Fähigen, sondern an einen, der im eigenen Namen, nicht als Erfüllung auf fremde Schuld empfängt. Die Parteien wissen zwar, daß auf Veranlassung des Anweisenden geleistet wird; das genügt jedoch nicht, um den Empfänger als Stellvertreter anzusehen, ebensowenig wie beim Kreditauftrag der Darlehnsgeber als Stellvertreter des Mandanten handelt.

Die Tilgung der Schuld des Angewiesenen erfolgt vielmehr durch Abrede zwischen diesem und dem Anweisenden nach Analogie der datio in solutum.

3. Wenn schließlich der Angewiesene trotz Widerrufs der Anweisung zahlt, so ist das im Verhältnis zwischen ihm und dem Empfänger gültig, während bei widerrufener Vollmacht er die condictio indebiti hätte (v. Tuhr S. 36).

Lent (S. 40) sucht zunächst Lenels Theorie zu halten, bei der indeß der Anweisungsempfänger vom Deckungsverhältnis Kenntnis haben muß (s. o. S. 3), die er nach Lenel durch die Anweisung selbst[3]), nötigenfalls aber durch den Hinweis des Angewiesenen, „auf Anweisung“ zu leisten, empfangen soll. Dies sucht Lent auf folgende Weise zu begründen: Beide (Angewiesener und Empfänger) legen der Leistung eine Bedeutung tür das Deckungsverhältnis bei; dies

---

[1]) Dagegen besteht für den Annahmeverzug kein Unterschied zwischen Anweisung und Inkassovollmacht.

[2]) so auch Breit S. 475.

[3]) anders v. Tuhr, der die Anweisung stets abstrakt haben will. (S. 11).

genüge zur hinreichenden Bestimmtheit der Erklärung des Empfängers über die Erfüllungsvertretung; die Wirkung soll dieser Erklärung der Anweisende beigelegt haben, von der der Erklärende zwar nichts wisse; indessen solle die subjektive Ungewißheit (des Empfängers) der objektiven Gewißheit, die zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden herrscht, keinen Abbruch tun.

Daß damit den Parteien ein Wille aufoktroyiert wird, den sie nicht haben (s. o. S. 3) und dies eine gekünstelte Konstruktion ist, sieht Lent selbst ein und will deshalb dem Empfänger nicht eine Vollmacht zum Handeln, sondern nur zum Empfang einer Willenserklärung gegeben wissen mit folgender Begründung (S. 16 ff.):

Wenn der Empfänger nach § 783 BGB. „im eigenen Namen“ empfängt, so hat dies nur zu bedeuten, daß er die Leistung als Selbstkontrahent empfange; den Erfüllungsvertrag dagegen könne er immer noch als Stellvertreter des Anweisenden abschließen. Denn man kann bei jeder Schuldtilgung durch Leistung zwei getrennte Geschäfte unterscheiden, das Leistungs- und das Erfüllungsgeschäft. Das letztere ist ein selbständiges Rechtsgeschäft und der Wille der Schuldtilgung ist nicht untrennbar im Leistungswillen enthalten. Selbst in den Fällen, in denen die Leistung kein Rechtsgeschäft ist, ist doch zur Erfüllung ein solches nötig; denn

1. die Wirkung der Leistung und die der Erfüllung liegt auf verschiedenen Gebieten (sachenrechtlich: obligatorisch);
2. der Wille ist hier z. B. Traditionswille, dort Schuldtilgungswille;
3. der Wille der Schuldtilgung und die Wirkung verhalten sich wie Ursache und Folge, da die Tradition ja auch donandi oder credendi causa geschehen könnte und dann eine Schuldtilgung durch diese Leistung nicht einträte;
4. der Erfüllungswille wird mindestens stillschweigend ausgedrückt; er ist nicht immer empfangsbedürftig; da die Erfüllung nur einen rechtlichen Vorteil — Befreiung von der Verbindlichkeit — gewährt, so kann sie auch vom beschränkt-Geschäftsfähigen vorgenommen (erklärt) werden besonders bei rein tatsächlichen Leistungen; bei Geschäftsunfähigen, die eine rein tatsächliche Leistung bewirkt haben, ist dem Gläubiger gegenüber, der die Leistung nochmals fordert, weil die „Erfüllung“ nicht stattgefunden habe, eine exceptio doli genügend.

Damit, sagt Lent, sind die vier Kriterien eines besonderen Rechtsgeschäfts der Erfüllung: Wille, Ausdruck desselben, Wirkung desselben und Trennung vom Leistungswillen und -erfolg festgestellt.

Demgegenüber muß bemerkt werden, daß die Trennung von Leistung und Erfüllung zwar richtig ist, daß aber die Erfüllung keineswegs immer ein Rechtsgeschäft zu sein braucht, nämlich dann nicht, wenn zur Leistung nur ein rein faktisches Tun nötig ist, nicht einmal Geschäftsfähigkeit. Daß mit der Bewirkung dieser tatsächlichen Leistung das Schuldverhältnis untergeht, folgt einmal aus § 362 BGB, der an die Leistung ohne weitere Erklärung als notwendige Folge das Erlöschen des Schuldverhältnisses knüpft, und dann aus dem Zweck des Schuldverhältnisses. Hier wie bei Obligationen auf Unterlassen fällt der Untergang des Schuldverhältnisses mit der Zweckerreichung zusammen; irgend ein schutzwürdiges Interesse muß gegeben sein (Staudinger II, 1, S. 270). § 126 BGB genügt hier nicht und in solchen Fällen dem Schuldner lediglich eine exceptio doli zu geben, ist sehr willkürlich. Danach müßte man gegen den im Termin ausgebliebenen Schuldner auch dann ein Versäumnisurteil erlassen, wenn der Gläubiger selbst bekennt, daß die Leistung bewirkt sei. Das ist zweifellos eine zu weitgehende Konsequenz.

Lent (S. 24 ff.) behauptet aber nicht nur, daß die Erfüllung stets ein Rechtsgeschäft ist, sondern auch, daß sie stets ein Vertrag sei. Dies sei klar, sobald die Leistung einen Vertrag erfordere; denn im Entgegennehmen der Leistung liege nicht notwendig der Wille, die Forderung tilgen zu wollen; man könne die Leistung ja auch z. B. als Schenkung empfangen wollen. Ueberdies zeige folgendes Beispiel deutlich die Vertragsnatur der Erfüllung: Wird an einen minderjährigen Gläubiger zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so erwirbt dieser an dem Geleisteten das Eigentum — dies bringt ihm nur Vorteil —, aber die Forderung bleibt bestehen; er kann nicht über sie verfügen, den Tilgungsvertrag nicht abschließen. Wäre es als eine Willenserklärung aufzufassen, so müßte sie im ganzen unwirksam sein.

Aber selbst bei einseitigen, rein tatsächlichen Leistungen (mit Ausnahme der auf Unterlassung gehenden) sei ein Erfüllungsvertrag möglich, indem der Gläubiger vorher schon seine Zustimmung zu der Erfüllung abgiebt und er die Offerte macht, die Erfüllung im Moment der Leistung eintreten lassen zu wollen; der Schuldner akzeptiere dann bei der Leistung in Schuldtilgungsabsicht diese Offerte.

Diese letztere Konstruktion geht im Unterschieben des Parteiwillens wohl etwas zu weit. Die Leute denken sich gewöhnlich nichts dabei und der Wille, mit ordnungsgemäßer Leistung zufrieden sein zu wollen, liegt ohnehin schon in jeder Offerte (Bestellung), sodaß man ihn nicht loslösen und zum Inhalt einer neuen Offerte machen kann, ganz abgesehen

davon, daß die Schuldtilgung — wie oben S. 6 ausgeführt — ipso iure mit der Leistung eintritt.

Aber auch wenn zur Bewirkung der Leistung ein Vertrag notwendig ist, ist zur Erfüllung keiner nötig. Eines Vertrages bedarf es nur zur Bewirkung der Leistung; die Erfüllungswirkung tritt dann mit dem Willen des Schuldners, auf den allein es ankommt, ein (arg. § 366 BGB). Der Gläubiger hat dabei nichts zu tun. Er kann, wenn er in die Annahme des Geleisteten willigt, der Leistung keine andre Bestimmung als die ihr vom Schuldner erteilte geben.[1]) Auch das Beispiel vom minderjährigen Gläubiger (oben S. 6) spricht eher gegen, als für die Vertragsnatur der Erfüllung. Denn der Minderjährige war nicht zum Leistungsempfang befugt, der Wille des Schuldners zur Schuldtilgung war also wirkungslos, wie wenn an einem Dritten geleistet worden wäre.

Zwar Planck (II S 210 zu § 362) entscheidet sich ebenfalls für den Erfüllungsvertrag, da § 366 BGB kein Prinzip enthalte und der Gläubiger mit dem Zweck der Leistung einverstanden sein müsse, widrigenfalls das Schuldverhältnis nicht erlösche; indes führt sich Planck selbst ad absurdum, indem er folgendes Beispiel bringt: Dem Gläubiger geht mittelst Postanweisung Geld und gleichzeitig ein Brief des Schuldners über den Zweck der Leistung zu; der Gläubiger liest den Brief nicht und meint, da er die Schuld nicht kennt, daß ihm eine Schenkung gemacht werde. Dann soll bei Verbrauch des Geldes der Schuldner nur eine condictio indebiti haben und das alte Schuldverhältnis soll bestehen bleiben. Dieses Ergebnis widerspricht aber nicht nur jeder Billigkeit, sondern steht auch direkt mit §§ 362 Abs. 1, 366 BGB in Widerspruch. Damit fällt die ganze Theorie von der Vertragsnatur der Erfüllung und Lents sich darauf aufbauende Konstruktion.

Aber selbst wenn die Erfüllung ein Vertrag wäre, ließe sich Lent's Auffassung von der Vollmachtsnatur der Anweisung widerlegen. Er fährt in seiner Begründung fort: Wenn Leistungs- und Erfüllungsvertrag zu trennen sind, so kann ja der Empfänger im eigenen Namen die Leistung empfangen und den Erfüllungsvertrag im fremden Namen schließen. Daß dabei Leistung und Erfüllung verschiedene Kontrahenten aufweisen, ist nicht weiter verwunderlich, denn es kommt oft vor, daß an einen andern als den Gläubiger geleistet wird. Es liegt auch keine Leistung an Erfüllungsstatt vor; denn Valuta- und Deckungsverhältnis sind unab-

---

[1]) So auch Dernburg, Bürgerl. Recht, B. II § 113 II.

hängig von einander.[1]) Der Empfänger überbringt als Bote den in der Anweisung steckenden Antrag auf Abschluß des Erfüllungsvertrags, den der Angewiesene durch seine Leistung annimmt und dies dem Empfänger durch Hinweis auf die Anweisung erklärt. Der Empfänger selbst braucht dabei keine Kenntnis vom Deckungsverhältnis zu haben.

Auch diese Konstruktion leidet an dem Mangel, daß der Angewiesene durch Hinweis auf die Anweisung auf das Deckungsverhältnis Bezug nehmen soll. Sehr häufig wird er überhaupt nichts erklären,[1]) sodaß der Empfänger nichts vernehmen könnte, also der Erfüllungsvertrag ungeschlossen bliebe; dies würde aber zu dem Ergebnis führen, daß die Schuld des Angewiesenen an den Anweisenden solange bestehen bliebe, bis der Erfüllungsvertrag abgeschlossen würde, was dem § 787 Abs. 2 BGB. widerspricht. Also selbst wenn es einen Erfüllungsvertrag gäbe, würde der Abschluß eines solchen bei der Vollziehung der Anweisung deshalb nicht angenommen werden können, weil den Beteiligten der erforderliche Wille fehlt und er zum mindesten nicht ausgedrückt ist. Höchstens könnte ein direkter Abschluß des zur Erfüllung erforderlichen Vertrages zwischen Anweisendem und Angewiesenem vorliegen (vergl. Breit S. 478).

Schließlich sucht Lent (S. 43 ff.) nachzuweisen, daß die Annahme einer bloßen Ermächtigung ohne Vollmacht zur Erklärung der Wirkung des Anweisungsvollzugs nicht möglich ist. Seine Formulierung der Streitfrage ist aber falsch. Danach soll die Richtigkeit der Konstruktion ohne Vollmacht davon abhängen, „ob es möglich sei, daß der Empfänger den Erfüllungsvertrag über die Forderung im eigenen Namen schließe auf Grund einer Ermächtigung“ (S. 43 f.). Dabei übersieht er,

1. daß es keinen Erfüllungsvertrag gibt,
2. daß, wenn es einen solchen gäbe, er nicht durch den Empfänger geschlossen zu werden braucht, sondern die Anrechnung auf das Deckungsverhältnis sich auch anders erklären läßt.

Denn wenn an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet wird — wobei der Dritte nicht als Vertreter des Berechtigten, sondern im eigenen Namen auftritt —, so erlischt das Schuldverhältnis, wenn die Leistung an den

---

[1]) Dies ist kein Argument gegen die Annahme, daß die Honorierung der Anweisung eine Leistung an Erfüllungsstatt darstellt: denn es kann ja an einen Dritten geleistet werden an Erfüllungsstatt auf Geheiß des Gläubigers.

[2]) vergl. Breit S. 477.

Dritten mit Einwilligung des Gläubigers geschah. Der Dritte ist hierbei ausschließlich Zahlstelle; er verfügt nicht über die Forderung, sondern dies tut der Gläubiger, der dem Schuldner die Leistung an den Dritten erlaubt. Demnach ist es ein falscher Schluß, daß, da der Angewiesene seine Befreiung vom Anweisenden herleitet, der Empfänger als dessen Vertreter gehandelt haben müsse.

Damit ist erwiesen, daß Lents Beweis über die Unmöglichkeit einer Konstruktion der Anweisung ohne Vollmacht mißglückt ist. Dies muß er selbst zugestehen; denn S. 53 schreibt er, daß ein strenger Beweis für die Vertreterstellung des Empfängers nicht möglich ist, wie denn auch seine letzten Argumente dafür, daß in der Anweisung eine Offerte zum Erfüllungsvertrag sei, recht dürftig sind. Dafür soll nämlich sprechen, daß der Empfänger keine Abänderungen vornehmen dürfe und ohne Vorlegung Zahlung nicht zu erlangen sei. Daß man eine fremde Urkunde nicht ohne besondre Ermächtigung verändern darf, ist ein allgemeiner Grundsatz, den man für diese spezielle Frage nicht heranziehen kann, und schließlich muß der Empfänger sich doch ausweisen können. Nach Lent müßte dann in der Vorzeigung eines Theaterbillets auch eine Offerte liegen.

Lents Konstruktion hat sich demnach als unhaltbar erwiesen. Die Anweisung ist vielmehr von den ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen zu trennen, wie das Gesetz es tut, und bei der Konstruktion lediglich das abstrakte Gebilde zu betrachten.

Nach dem Gesetz (§ 783 BGB) ist die Anweisung eine doppelte Ermächtigung: die Ermächtigung des Angewiesenen, für Rechnung des Anweisenden zu zahlen, und die Ermächtigung des Empfängers, die Leistung im eigenen Namen zu erheben. Dies bedeutet im einzelnen:

1. Die Ermächtigung des Angewiesenen: Die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger soll als Leistung an den Anweisenden gelten, d. h. bei Anweisung auf Schuld giebt der Gläubiger damit seine Zustimmung, daß durch Leistung an einen Dritten das Schuldverhältnis erlöschen solle, § 362 Abs. 2 BGB. Für diesen Ausnahmefall, daß die Leistung nicht an den Gläubiger selbst bewirkt wird, ist die Einwilligung in den Zweck der vom Schuldner gemachten Leistung nötig. Daraus ist indes nicht für alle Fälle, in denen die Leistung einen Vertrag erfordert, zu schließen, daß auch zur Erfüllung einer notwendig ist. Der Schuldner kann nun nach seiner Wahl an den Gläubiger oder an den Dritten leisten. Die Einwilligung des Gläubigers überbringt der Anweisungsempfänger durch Vorlegung der

Anweisung als Bote[1]). Die Annahme dieser Einwilligung — die eine Offerte enthält, das Schuldverhältnis auf andre als die ursprünglich gedachte Art zu lösen — braucht dem Gläubiger nach § 151 S. 1 BGB nicht zuzugehen, sodaß eine Stellvertretung des Gläubigers nicht nötig ist.

Bei der Anweisung auf Kredit bedeutet die Ermächtigung des Angewiesenen, daß ein Darlehensvertrag zwischen diesem und dem Anweisenden durch Auszahlung der Valuta an den Anweisungsempfänger entstehen solle. Der letztere überbringt wie oben als Bote die in der Anweisung steckende Offerte des Anweisenden an den Angewiesenen, ihm (zu den jedenfalls vorher ausgemachten Bedingungen) ein Darlehen zu gewähren und zwar dergestalt, daß er die Valuta statt an ihn selbst an einen Dritten auszahlen soll. Auch hier ist eine Stellvertretung nicht nötig. Der Darlehensvertrag entsteht kraft Parteivereinbarung durch Leistung an einen Dritten. Auf die Erklärung der Annahme der Offerte ihm gegenüber verzichtet nach § 151 BGB der Anweisende.

2. Die Ermächtigung des Empfängers, die Leistung im eigenen Namen zu erheben, bedeutet, daß er unmittelbar Eigentümer der geleisteten Sachen werden soll. Nicht kraft eines dem Anweisenden zustehenden Rechts oder für ihn soll er sich die Leistung bewirken lassen und erst durch ein weiteres mit dem Anweisenden vorzunehmendes Rechtsgeschäft Eigentum daran erwerben, sondern als Selbstkontrahent auftreten. Sie ist nur insofern nötig, um dem abstrakten Traditionsvertrag die erforderliche Grundlage zu geben, der sonst mangels einer causa unwirksam wäre. Da eine Erlaubnis zum Kontrahieren im eigenen Namen nicht erforderlich ist, kann diese Ermächtigung nur bedeuten, daß dem Handeln des Empfängers als Rechtsgrund das Verhältnis des Empfängers zum Anweisenden untergeschoben werde, sodaß der Erwerb des Anweisungsempfängers unabhängig vom Deckungsverhältnis nur auf dem Traditionsvertrag mit dem Angewiesenen und auf dem Verhältnis des Empfängers zum Anweisenden beruht. Deshalb kann auch der Angewiesene, wenn er auf eine nicht bestehende Schuld hin leistete, nicht vom Empfänger dies mit der condictio indebiti zurückfordern. Da die Ermächtigung des Empfängers in dessen Interesse erteilt wird, kann sie auch nicht einseitig zurückgenommen werden.[2]) Deshalb ist eine trotz Widerrufs der Anweisung geleistete Zahlung des Angewiesenen an den Empfänger wirksam (v. Tuhr S. 36), nur nicht dem Anweisenden gegenüber.

---

[1]) Breit S. 478 f.
[2]) Riehl S. 23, 27, 30.

Dies ist die Struktur der Anweisung. Daneben bestehen noch andre Wirkungen, die sich aber je nach dem Zwecke der Anweisung verschieden gestalten; z. B. wird die Anzeigepflicht des § 789 BGB bei der dem Inkasso dienenden Anweisung schärfer zu handhaben sein als bei der schenkungshalber erteilten. Da die Anweisung selbst nur eine formelle Grundlage für späteren Erwerb ist, schafft sie keine Rechte. Weder erlangt bei der Anweisung auf Schuld der Empfänger irgend welche Rechte an der Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen, noch findet allein auf Grund der Anweisung ein Regreß statt. Ob ein solcher gegeben ist, richtet sich lediglich nach dem Valutaverhältnis. Die Anweisung ist losgelöst vom Valuta- und vom Deckungsverhältnis, ähnlich dem Schuldversprechen und dem Schuldanerkenntnis,[1]) und zu einem selbständigen Rechtsverhältnis erhoben worden.

2. Kapitel.

Die Anweisung im Konkurse des Ausstellers.

§ 3.

a) Bestehenbleiben und Widerruf.

Da der Anweisung häufig eine Geschäftsbesorgung zu Grunde liegt, erscheint der Schluß naheliegend, daß sie nach § 23 K. O. im Konkurse des Anweisenden erlösche. Dieser Ansicht sind Seuffert (§ 27 Note 7) und v. Tuhr (S. 26), der meint, die Ermächtigung des Angewiesenen dürfe nicht zum Schaden der Konkursmasse fortbestehen und deshalb müsse § 23 K. O. analog auf sie angewendet werden.

Nach Gerland (S. 52) bleibt die Anweisung an sich bestehen, da sie gemäß § 791 BGB beim Eintritt völliger Geschäftsunfähigkeit nicht erlösche, der Konkurs aber nur eine „relative“ Handlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners herbeiführe (S. 50). Nur wenn das Grundverhältnis ein Auftrag sei, erlösche mit diesem zugleich die Anweisung, da sie als Vollmacht[2]) unmöglich das Grundverhältnis überdauern könne; denn § 168 S. 1 BGB. beziehe sich auf alle Arten von Vollmachten.

---

[1]) Staudinger II S. 1303 Vorbem. II.
[2]) vergl. oben S. 3.

Dabei übersehen jedoch die Genannten ganz, daß dies höchstens auf die Anweisung auf Schuld Anwendung finden kann; denn bei der Anweisung auf Kredit wird die Konkursmasse ja nicht beeinträchtigt, da der Rückerstattungsanspruch erst nach der Konkurseröffnung entsteht. Aber selbst bei der Anweisung auf Schuld trifft ihre Ansicht nicht zu.

Abgesehen davon, daß für die Sondervorschrift des § 23 KO die von v. Tuhr außer Acht gelassene Regel „singularia non sunt extendenda“ [1]) gilt, zeigen schon die Schicksale einiger die Anweisung betreffender Paragraphen in den Vorarbeiten zum BGB, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, die Anweisung der Vorschrift des § 23 K. O. unterzuordnen. Denn in zweiter Lesung des Entwurfs zum BGB wurden die im Entwurfe enthaltenen §§ 606, 608, 610, die einzelne Auftragsgrundsätze auf die Anweisung zur Anwendung bringen wollten, gestrichen, womit die in den Motiven (B. II S. 567) ausgesprochene Ansicht wegfiel, daß die Anweisung dem § 602 des Entwurfs zum BGB 1. Lesung — der dem § 23 K. O. entsprach — unterstehen sollte, wenn ein Auftrag zu Grunde liege.

Außerdem läßt sich die Anweisung nicht unter den Begriff des Geschäftsbesorgungsvertrags bringen. Sie ist vom BGB als selbständiges Rechtsinstitut aufgestellt und mangels einer besonderen Vorschrift kann ihr Erlöschen durch den Konkurs des Anweisenden nicht angenommen werden. Da sie ferner ein abstraktes [2]) Rechtsgebilde ist und deshalb § 168 S. 1 BGB auf sie auch nicht analog angewendet werden kann, so muß man selbst dann das Bestehenbleiben der Anweisung annehmen, wenn das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis infolge der Konkurseröffnung nach § 23 K. O. erlischt. [3])

Auch die Bedenken v. Tuhrs, daß dadurch die Masse geschädigt werden könnte. treffen nicht zu, da die §§ 7, 8 K. O. genügenden Schutz bieten (s. unten S. 16 ff.).

---

[1]) vergl. l 14 D 1, 3: Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

[2]) Dies übersieht Gerland (S. 52), der die Anwendbarkeit des § 168 S. 1 BGB auch auf die Anweisung behauptet.

[3]) Diese Ansicht vertritt Jaeger § 23 Anm. 17; angeschlossen haben sich ihm v. Wilmowski-Kurlbaum § 23 A. 2, Petersen-Kleinfeller § 23 A. 2, v. Sarwey-Bossert § 23 A. 5, Planck-Strecker § 791 A. 2, Oertmann § 791 A. 4a, Düringer-Hachenburg II S. 432, Staub-Könige § 363 Anm. 18, Makower S. 1068, Kisch S. 295, Simonson S. 44 f., Dernburg Bürg. R. II S. 265, O.L.G. Zweibrücken in Seuff. Archiv B. 58 S. 60 f., Breit S. 504 f, Riehl S. 54, auch Lent S. 135, der die Anweisung als Vollmacht auffaßt, da diese Vollmacht abstrakt und im Interesse des Empfängers erteilt sei.

Das Weiterbestehen der dem Empfänger erteilten Ermächtigung hat aber zur Folge, daß eine Leistung oder die Annahme der Anweisung ihm gegenüber genau so wirksam ist, als wäre eine Konkurseröffnung nicht erfolgt.[1])

Der Fortbestand der Anweisung kann jedoch dadurch vernichtet werden, daß sie widerrufen wird vom Konkursverwalter, auf den diese Befugnis gemäß § 7 K. O. bei der Anweisung auf Schuld übergeht. Dieses Widerrufsrecht soll dem Konkursverwalter nach einigen Autoren[2]) in demselben Umfange zustehen wie dem Cridar. Das würde heißen, daß der Konkursverwalter das Widerrufsrecht dann nicht ausüben dürfte, wenn der Cridar dem Empfänger gegenüber darauf verzichtet hätte. Daraus würde weiter folgen, daß, wenn der Verwalter trotzdem die zahlungshalber gegebene Anweisung widerriefe, eine Masseschuld nach § 59 Z. 1 K. O. entstände.[3]) Diese Ansicht scheint das R. G. B. 39 S. 373 zu vertreten, indem es in einem Falle, wo der Cridar Kundenwechsel — eine besondere Art der Anweisung — ausgestellt hatte mit dem Versprechen über die Forderung gegen den Bezogenen nicht selbst zu verfügen, die Klage auf Aussonderung abweist und dabei bemerkt, auf diese Tatsachen könne höchstens eine auf § 52 Z. 1 (jetzt § 59 Z. 1) K. O. beruhende Klage gestützt werden, wenn der Konkursverwalter trotzdem die Forderung einzieht. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Aus der Anweisung allein kann ein Anspruch auf Schadensersatz nicht hergeleitet werden, da sie keinerlei Rechte begründet. Das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis muß dem Empfänger einen im Konkurs verfolgbaren Anspruch geben, wenn er überhaupt die Nichteinlösung der Anweisung geltend machen will. Daß er beim Widerruf der Anweisung nur eine einfache Konkursforderung, nicht etwa einen Masseschuldanspruch erhält, ergiebt sich aus Folgendem:

---

[1]) Dagegen kann eine nach der Konkurseröffnung ausgehändigte Anweisung auf Schuld für den Empfänger diese Wirkung nicht haben, da zu der Zeit der Cridar nicht mehr in der Lage war, für die abstrakte Leistung des Angewiesenen dem Empfänger den notwendigen rechtlichen Grund, das zwischen ihm und dem Empfänger bestehende Rechtsverhältnis, zu geben; denn damit wäre zugleich eine Verfügung über einen Massegegenstand (die Forderung gegen den Angewiesenen) verknüpft (vergl. §§ 6, 7 K. O.) Selbst bei Gutgläubigkeit kann daher das Empfangene dem Empfänger in diesem Falle vom Konkursverwalter als ungerechtfertigte Bereicherung abgenommen werden, falls die Konkursmasse dadurch betroffen wurde d. h. bei der Anweisung auf Schuld. (Jaeger § 8 Anm. 5).

[2]) z. B. Düringer-Hachenburg S. 432 Note VII b, Makower S. 1068 Note h 4, Riehl S. 55.

[3]) so Staub-Stranz W. O. Art. 8. Anm. 8.

Durch die Erteilung der Anweisung erhält der Empfänger keinerlei Rechte gegen den Drittschuldner (Angewiesenen); dessen Schuld gehört noch ganz zur Masse. Der Konkursverwalter hat dafür zu sorgen, daß dieser Außenstand der Masse erhalten bleibt, § 117 K. O., und muß verhindern, daß der Schuldner unter dem Schutze des § 8 K. O. etwas an den Cridar direkt oder indirekt durch die Person des Empfängers leistet (s. unten § 4). Zu diesem Zwecke hat er den Angewiesenen von der Konkurseröffnung zu benachrichtigen und die Anweisung zu widerrufen. Dadurch verweigert er dem Empfänger die versprochene Leistung durch den Dritten und verweist ihn auf den Weg der konkursmäßigen Befriedigung (Wieland S. 195).

Handelt er aber nicht einer Verpflichtung des Cridars zuwider, sodaß § 59 Z. 1 K.O. anzuwenden wäre? Da die Anweisung bestehen bleibt und erst durch den Widerruf des Konkursverwalters beseitigt wird, scheint die Anwendung von § 59 K.O. sehr naheliegend, zumal wenn der Cridar ausdrücklich auf die Ausübung dieses Rechts verzichtet hatte.[1])

Nach Wieland (S. 194 f.) ist der Widerruf der dem Angewiesenen erteilten Ermächtigung — die Ermächtigung des Anweisungsempfängers bleibt unberührt (s. o. S. 10) — eine res inter alios acta, sich nur auf das Deckungsverhältnis beziehend, die nicht Inhalt eines den Ermächtigenden bindenden Versprechens sein könne. Der Anweisende hat es aber sehr wohl zu vertreten, wenn durch sein Verhalten sein Gläubiger nicht befriedigt wird, wenn auch der Widerruf eine res inter alios acta ist; denn sie äußert eine Wirksamkeit auf das dem Empfänger betreffende Rechtsverhältnis und ist vom Anweisenden vorsätzlich herbeigeführt worden. Daß also der Widerruf der Anweisung ein Rechtsgeschäft unter Dritten ist, läßt nicht den Schluß zu, daß dadurch keine Masseforderung entsteht.

Nach Lent (S. 140 f.) verwandelt sich der Anspruch des Empfängers auf Bestehenlassen der Anweisung nach § 69 K.O. in eine Geldforderung in Höhe des Interesses, das er an dem Unterlassen des Widerrufs hat; dagegen kann er Naturalerfüllung d. h. Unterlassen des Widerrufs nicht verlangen. Aus diesem Grunde sei ihm eine bloße Konkursforderung zuzusprechen. Allein nicht jeder Anspruch gegen den Cridar verwandelt sich in eine Geldforderung, z. B. der Anspruch auf Belassung des gemieteten Gegenstands; außerdem ist der Anspruch auf Bestehenlassen der Anweisung als solcher, auch in

[1]) Auch ohne ausdrücklichen Verzicht wird man bei der erfüllungshalber gegebenen Anweisung im Zweifel eine Verpflichtung, nicht zu widerrufen annehmen müssen (Düringer-Hachenburg II S. 432 Note VII.)

seiner Umrechnung als Forderung des Interesses im Konkurs nicht anmeldbar. (s. u.)

Der Verzicht des Cridars auf den Widerruf der Anweisung bindet den Konkursverwalter nicht, weil der Empfänger nicht ein selbständiges Recht auf das Bestehenlassen der Anweisung erlangt. Es giebt keinen für sich bestehenden Anspruch auf Unterlassen des Widerrufs. Wenn eine derartige Verpflichtung des Anweisenden vereinbart wurde, so kann sie nur als ein Bestandteil des der Anweisung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses angesehen werden, nicht der Anweisung selbst. Gehört aber diese Klausel nicht zur Anweisung, sondern dem Grundverhältnis an, so ist es klar, daß sie den Konkursverwalter nicht binden kann. Er muß dem Empfänger die volle Leistung verweigern und deshalb von seiner Widerrufsmacht Gebrauch machen. Nach § 26 K.O. kann nun nur eine bloße Konkursforderung entstehen.

Aus § 17 K.O. läßt sich das Widerrufsrecht deshalb nicht herleiten, weil die Anweisung kein gegenseitiger Vertrag ist.

Wollte man wirklich der Ersatzforderung des Empfängers den Rang einer Masseschuld geben, so käme folgendes seltsame Ergebnis heraus: Wenn der Angewiesene aus eigenem Antriebe nicht zahlt, so entsteht zweifellos eine bloße Konkursforderung. Nun darf der Angewiesene aber bei Kenntnis der Konkurseröffnung die Anweisung auf Schuld nicht honorieren (s. u. § 4); zeigt ihm der Verwalter also bloß die Konkurseröffnung an, — vielleicht mit dem Rate, nicht an den Gemeinschuldner oder andre Personen zu leisten, — so erlangt der Empfänger lediglich eine Konkursforderung. Widerruft der Konkursverwalter aber die Anweisung, so müßte der Empfänger beweisen, daß sein Schaden durch die Handlung des Konkursverwalters entstanden ist. Dieser Beweis wird aber meistens fehl schlagen, da der Angewiesene jedenfalls auch ohne ausdrücklichen Widerruf nicht an den Empfänger geleistet hätte.

Nur dann würde der Widerruf des Konkursverwalters eine Masseschuld erzeugen, wenn das der Anweisung zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein beiderseits noch nicht oder nicht vollständig erfülltes Schuldverhältnis ist und der Konkursverwalter gemäß § 17 K.O. Erfüllung verlangt und die Anweisung bestätigt hat. Dadurch tritt er in die Verpflichtung, nicht zu widerrufen ein und, wenn er nunmehr dieser Verpflichtung zuwiderhandelt, entsteht ein Masseschuldanspruch. Dies scheint auch Planck (§ 791 Note 2) zu meinen, wenn er sagt, es käme auf das zugrunde liegende Rechtsverhältsnis an, ob der Widerruf des Konkursverwalters eine bloße Konkursforderung oder einen Masseanspruch bilde, wobei er auf § 17 K.O. verweist.

§ 4.

b) Annahme und Zahlung.

Der Fortbestand der Anweisung im Konkurse hat scheinbar zur Folge, daß sie auch mit Wirkung der Konkursmasse gegenüber angenommen und honoriert werden kann, zumal da es sich dabei um Rechtsgeschäfte mit einem Dritten handelt. Diese Ansicht ist noch vertreten im Kommentar zur W.O. von Staub-Stranz (Art. 8 Anm. 8), wo bei der Frage, ob eine Tratte — eine Art der Anweisung — noch in Kenntnis vom Konkurse des Ausstellers mit Wirkung gegen die Konkursmasse angenommen oder eingelöst werden könne, dies ganz allgemein für jede Anweisung bejaht und nach einem Grunde gefragt wird, weshalb eine bestehende, durch den Konkurs nicht berührte Anweisung vom Bezogenen nicht gefahrlos angenommen oder eingelöst werden dürfte.[1])

Aber aus dem Fortbestand der Anweisung folgt diese Befugnis noch nicht. Durch die Konkurseröffnung verliert der Cridar das Recht, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen oder die Konkursmasse zu verpflichten. Die Anweisung auf Schuld ist aber insofern eine Verfügung, als die Leistung an einen Dritten als Schuldtilgung zugelassen wird; dies kann nur ein voll Verfügungsberechtigter tun.

In dem Augenblicke, in dem die Verfügungsmacht des Cridars über die Forderung gegen den Angewiesenen erlischt, verliert seine Anordnung, durch die der Angewiesene ermächtigt wird, mit schuldbefreiender Wirkung an den Empfänger zu zahlen der Konkursmasse gegenüber ihre Wirkung, und ebensowenig wie an den Cridar selbst, kann an den von ihm benannten Dritten mit befreiender Wirkung geleistet werden; dies folgt aus §§ 6, 7, 8 Abs. 1 K.O., deren Zweck es ist, zu verhindern, daß der Cridar zum Schaden der Gläubiger über Massegegenstände verfügt. Dieser Zweck würde aber vereitelt werden, wenn man nicht die Leistung an den vom Gemeinschuldner ermächtigten Dritten der Leistung an den Cridar selbst gleichstellt. Der Angewiesene ist daher nicht befugt, seine Verbindlichkeit durch Leistung an den Anweisungsempfänger zu tilgen. Die Ermächtigung bleibt zwar dem Cridar gegenüber in Kraft, da sie abstrakt erteilt ist — ebenso wie abstrakt erteilte Vollmachten (Jaeger § 23 Anm. 8) —; dies bewirkt aber nur, daß er eine Leistung an den Empfänger gegen sich gelten lassen muß.

---

[1]) Im Kommentar zum H.G.B. von Staub, 8. Auflage, § 363 Anm. 18 ist diese Ansicht aufgegeben.

Lent (S. 153—156) läßt den Vollzug der Anweisung auf Schuld der Masse gegenüber wirksam sein, wenn die Anweisung vor Konkursbeginn präsentiert worden war. Nach seiner Konstruktion liegt nämlich in der Anweisung auf Schuld eine Offerte des Anweisenden zum Erfüllungsvertrag; da aber ein vom Cridar vor der Konkurseröffnung gemachter Antrag auch der Masse gegenüber wirksam bleibt, so könne die Annahme desselben auch nach der Konkurseröffnung erfolgen.

Dies ist, selbst wenn die Anweisung eine Offerte enthalten sollte, ein Trugschluß wie der in Staub's Kommentar zur W.O. Wie aus dem Bestehenbleiben der Anweisung nicht ohne weiteres folgt, daß sie auch mit Wirkung gegen die Konkursmasse angenommen oder honoriert werden kann, so folgt auch nicht aus dem bloßen Bestehenbleiben der vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung gemachten Offerte, daß ihre Annahme gegen die Konkursmasse wirkt. Dem steht nämlich § 3 K.O. entgegen, nach dem die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, die einen „zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten" Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben. Es muß also ein bei der Konkurseröffnung „begründeter" Vermögensanspruch vorliegen, der zwar bedingt sein kann, aber in sämtlichen Essentialien festgestellt sein muß. Die Offerte begründet noch keine Ansprüche; sie bindet zwar den Antragenden, verpflichtet ihn aber noch nicht. Deshalb ist ein Anspruch auch noch nicht bedingt begründet. Es wäre falsch zu sagen, durch die Annahme würde die Bedingung erfüllt, an die das Zustandekommen des Vertrags geknüpft war; denn die Notwendigkeit der Annahme des Antrags zum Entstehen des Vertrags ist eine condicio iuris, keine wahre Bedingung. Deshalb kann eine nach der Konkurseröffnung erfolgte Annahme nur den Cridar persönlich verpflichten, nicht aber gegen die Masse wirken (Staudinger I § 153 Note 6, Jaeger § 7 Anm. 15). Zwar leugnet Lent (a. a. O), daß aus dem § 3 (mit § 1) K.O. ein lückenloses Prinzip entnommen werden dürfte, da auch nach der Konkurseröffnung noch etwas zur Masse kommen könnte, wie § 8 K.O. zeige. § 8 K.O. läßt aber nur eine Surrogation zu, daß nämlich an Stelle des Außenstandes sein Wert in die Masse gelange; er ist daher nicht geeignet zu beweisen, daß die in den §§ 1, 3 K.O. aufgestellten Grundsätze nicht streng gewahrt seien. Einzig auf dem Wege der Anfechtung kann ein bei der Konkurseröffnung nicht zur Masse gehöriger Gegenstand dieser zugeführt werden, ohne daß eine Surrogation vorliegt. Und auch hier besteht wenigstens etwas Surrogationsähnliches, indem an Stelle des durch die Anfechtung Erlangten früher etwas dem Vermögen des Gemeinschuldners entzogen worden sein muß.

Ebenso sind die Ausnahmen, wenn eine nach der Konkurseröffnung entstandene Forderung zur Teilnahme am Konkurse berechtigt, alle ausdrücklich aufgeführt (§§ 23, 27 K.O.). Daraus geht aber hervor, daß der in den §§ 3 und 1 K.O. ausgesprochene Grundsatz, ohne den der Zweck des Konkurses gänzlich vernichtet würde, streng durchzuführen ist. Der Fortbestand und die Annahme der Offerte nach der Konkurseröffnung kann demnach die Konkursmasse nicht verpflichten. Deshalb kann es keinen Unterschied machen, ob die Anweisung vor der Konkurseröffnung präsentiert war oder nicht (Jaeger § 23 Anm. 17 a. E.). Vielmehr ist dem Angewiesenen stets die Befugnis zur Leistung an den Anweisungsempfänger abzusprechen. Denn wie er nicht an den Cridar direkt leisten darf, darf er es auch nicht mittelbar an den von jenem Ermächtigten; der Leistung an den Gemeinschuldner steht die an einen Dritten mit Einwilligung des Gemeinschuldners gleich (Jaeger § 8 Anm. 2), § 8 Abs. 1 K.O. Der Angewiesene wird nur insoweit befreit, als seine Leistung „in die Konkursmasse gekommen ist.“ [1]) In unserem Falle ist von der Leistung nichts in die Masse gekommen. Dagegen hat sie möglicher Weise dadurch einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil erlangt, daß sie in Höhe der Anweisung von einem Gläubiger (dem Empfänger) befreit wird. Dann würde in Höhe dieses Vorteils der Angewiesene nach § 59 No. 3 KO. in Verbindung mit § 812 BGB eine condictio sine causa als Masseschuld haben. Durch Aufrechnung würde dann das Resultat herauskommen, daß der Angewiesene befreit wird in Höhe des Betrages, in dem seine Leistung der Konkursmasse zugute kommt. Dieser Betrag wird sich freilich erst dann feststellen lassen, wenn das Verhältnis der Aktiv- zur Passivmasse endgültig ermittelt ist.

War dem Angewiesenen aber zur Zeit der Leistung die Konkurseröffnung unbekannt, so wird er in voller Höhe befreit, § 8 Abs. 2 u. 3 K.O., ohne Unterschied, ob die Anweisung vor oder nach der Konkurseröffnung begeben wurde; denn die Lage des Angewiesenen ist die gleiche, als ob er an den Cridar selbst leistete (Jaeger § 23 Anm. 18 u. § 8 Anm. 4, R.G.B. 38 S. 46).[2]) Zwar Simonson S. 47 f. macht gegen die Anwendung des § 8 K.O. geltend, daß man die Leistung an den Anweisungsempfänger deshalb nicht mit der an den Cridar nach §§ 362, 185 BGB gleichstellen dürfe, weil in diesen §§ von der Zustimmung des „Berechtigten“ gesprochen wird, der Cridar aber nach der Konkurseröffnung nicht mehr berechtigt zu einer solchen Zustimmung sei. Die Besonderheit des

[1]) Riehl S. 56.
[2]) ebenso Breit S. 506, Riehl S. 57.

§ 8 K.O. liegt aber grade darin, daß die in gutem Glauben bewirkte Leistung an einen Nichtverfügungsberechtigten schuldtilgend wirkt, und der Grundgedanke des § 8 K.O., der Schutz des gutgläubigen Schuldners, verlangt, daß er auch auf diesen Fall analog angewendet werde, da hier die Verhältnisse völlig die gleichen sind. (Jaeger § 23 Anm. 18). Je nachdem ob die Leistung vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt ist, regelt sich die Beweislast zu Gunsten oder zu Lasten des Angewiesenen. Gelingt ihm im letzteren Falle der Nachweis seiner damaligen Unkenntnis nicht und hatte er sich dem Anweisenden gegenüber zur Einlösung der Anweisung verpflichtet, so muß ihm wenigstens fahrlässige Unkenntnis der Konkurseröffnung nachgewiesen werden, sonst kann er immer noch auf Grund von §§ 23 Abs. 1 S. 2, 27 K.O. mit § 674 BGB seine actio mandati contraria als Konkursforderung anmelden.

Lent scheint die Leistung bei Unkenntnis der Konkurseröffnung nicht in voller Höhe schuldtilgend wirken lassen zu wollen, da er nur von der Anwendbarkeit d. § 8 Abs. 1 OK spricht.[1])

Ganz anders soll aber nach Lent (S. 145 f.) die Sache liegen, wenn durch die Anweisung dem Empfänger Kredit gewährt werden sollte. Durch die Aushändigung einer solchen Kreditierungsanweisung entstehe für den Anweisenden eine aufschiebend bedingte Forderung, da der Anweisende und der Empfänger sich dabei einigten; deshalb werde, wenn auch das Darlehen erst nach der Konkursöffnung zustande kommt, die Konkursmasse Gläubigerin des Empfängers. Infolgedessen sei dem Angewiesenen der volle Betrag seiner Leistung anzurechnen, da diese ganz in die Masse gekommen sei. Ja sogar der Konkurs des Empfängers und ein dadurch herbeigeführter Ausfall der Konkursmasse des Anweisenden hindere doch nicht die volle Befreiung des Angewiesenen, da § 8 K.O. nur verlange, daß die Leistung in die Konkursmasse komme, nicht aber, daß sie ihr auch erhalten bleibe oder von objektivem Wert sei.

Wenn diese Auslegung des § 8 K.O. auch nicht bestritten werden soll, so enthalten diese Schlußfolgerungen doch zwei Irrtümer. Zunächst ist die Voraussetzung falsch; denn durch die Aushändigung einer Anweisung zum Zwecke der Kredit-

---

[1]) Wirkt nach § 8 K.O. die Leistung des Angewiesenen nicht gegen die Konkursmasse, so kann dieser auf Grund von § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB das Geleistete vom Cridar zurückfordern (condictio causa data causa non secuta), nicht etwa von der Konkursmasse, da die Forderung erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist. § 815 BGB steht dem Rückforderugsrecht nicht entgegen, da die Befreiung nicht von vornherein unmöglich war z. B. bei Genehmigung des Konkursverwalters (Jaeger § 8 Anm. 6).

gewährung an den Empfänger entsteht für den Anweisenden nicht einmal eine bedingte Forderung. Ein Darlehen entsteht erst, seinem Charakter als Realvertrag entsprechend, mit der Hingabe der Valuta. Die vorherige Einigung, daß eine vom Angewiesenen zu zahlende Summe als Valuta gelten solle, erzeugt den Darlehensanspruch auch nicht bedingt, da noch ein Essentiale des Vertrags fehlt. Den Darlehensvertrag durch die Leistung des Angewiesenen bedingt zu nennen, wäre aber derselbe Fehler wie oben anläßlich der Offerte (S. 17). Dies ist keine wahre Bedingung, sondern eine condicio iuris. Deshalb entsteht eine Forderung für den Anweisenden erst im Zeitpunkte der Leistung des Angewiesenen. Sie kann also nach § 1 K.O. nicht in die Konkursmasse fallen. Dies muß selbst dann gelten, wenn der Anweisende sich zur Kreditgewährung an den Empfänger durch einen Vorvertrag verpflichtet hatte (vergl. § 610 BGB); denn auch dadurch kommt noch keine bedingte Forderung zustande (Jaeger § 1 Anm. 57).

Aber selbst, wenn man dies leugnen wollte, bliebe doch noch der Umstand, daß die Leistung des Angewiesenen gar nicht in die Masse gekommen ist. Denn dies verlangt, daß sie in natura darein gelangt, nicht aber an ihre Stelle eine möglicherweise wertlose Forderung. Der Angewiesene hätte höchstens einen Anspruch aus § 812 BGB an die Konkursmasse auf Abtretung dieser Forderung gegen den Empfänger, eventuell auf Auszahlung des dadurch Erlangten und könnte durch Aufrechnung höchstens insoweit befreit werden. Ueberdies muß das sich aus der Behauptung Lents ergebende seltsame Resultat stutzig machen, daß der Cridar kurz vor der Konkurseröffnung durch Begebung solcher Kreditierungsanweisungen an zahlungsunfähige Leute die Konkursmasse empfindlich würde schädigen können und der Konkursverwalter höchstens auf dem umständlichen Wege der Anfechtung dies ausgleichen könnte, wobei er allerdings häufig zu spät kommen würde. Danach ist die Kreditierungsanweisung nicht anders zu behandeln als jede andre Anweisung.

Bisher war von der Anweisung auf Schuld die Rede. Bei der Anweisung auf Kredit, die nun behandelt werden soll, entsteht, wenn wir das oben Gesagte entsprechend anwenden, ein Rückforderungsrecht des Angewiesenen erst mit der Leistung. Durch die Behändigung der Anweisung wird es auch nicht bedingt begründet. Da er infolgedessen zur Zeit der Konkurseröffnung keinen begründeten Vermögensanspruch hat, kann er auch am Konkurse nicht teilnehmen (zustimmend Lent S. 147 f., Breit S. 506 f., und für den Scheck Simonson S. 51). Schuldlose Unkenntnis der Kon-

kurseröffnung bewirkt hier nicht einmal, daß der Angewiesene nach §§ 23 Abs. 1 S. 2, 27 K.O. mit § 674 BGB eine Konkursforderung auf Rückerstattung der gemachten Auslagen erhält. Denn wenn er auch als beauftragt zu einer Geschäftsbesorgung anzusehen ist, so steht dieser Auftrag doch mit der Konkursmasse in keiner Beziehung,[1]) § 23 K.O. findet auf ihn keine Anwendung.

Ist aber die Konkursmasse durch die Leistung des Angewiesenen von einem Gläubiger befreit worden, so wird man nach § 812 BGB dem Angewiesenen in Höhe der Bereicherung der Masse eine Masseforderung geben müssen und zwar auch dann, wenn in Kenntnis der Konkurseröffnung geleistet wurde (§ 59 Z. 3 K.O.). Der Angewiesene kann jedoch nie mehr bekommen, als die Konkursmasse an den Anweisungsempfänger hätte leisten müssen — denn um so viel ist sie ja bereichert —, in der Regel also die Dividende des auf die Anweisung gezahlten Betrags.

Diese für die Anweisung auf Kredit entwickelten Grundsätze gelten auch für den Fall, daß der Angewiesene sich zur Kreditgewährung an den Anweisenden verpflichtet hatte. Denn Ansprüche aus solchen Vorverträgen gehen arg. § 610 BGB nicht auf die Konkursmasse über, da sie in der Regel nicht übertragbar, also auch nicht pfändbar sind (Jaeger § 1 Anm. 57, Staudinger II, § 610 Note 3). Wollte man aber dennoch annehmen, daß der Anspruch aus dem Vorvertrage mit zur Konkursmasse gehörte, so könnte der Angewiesene sein Versprechen nach § 610 BGB widerrufen; er ist also nicht zur Leistung verpflichtet. Deshalb befindet sich Lent (S. 148 ff.) im Irrtum, wenn er das Gegenteil annimmt und daraus folgert, daß der Angewiesene in diesem Falle aus der Konkursmasse Rückerstattung verlangen könne, da die Konkursmasse von ihm Kredit erhalten habe. Es sei, da sie nach der Konkurseröffnung entstehe, eine Masseschuld analog der wegen ungerechtfertigter Bereicherung und entstehe bald in voller, bald in verminderter Höhe, nämlich je nachdem, wie es der Masse zugute kommt, d. h. ob sie von einem Gläubiger befreit wird (dann in verminderter Höhe) oder ob sie einen Schuldner in dem Anweisungsempfänger bekommt (dann in voller Höhe). Wenn aber der Angewiesene wirklich einer der Konkursmasse gegenüber bestehenden Verbindlichkeit nachkäme und daher (wegen § 59 Z. 2 K.O.) eine Masseforderung erhielte, so müßte diese stets auf den vollen Betrag gehen.

---

[1]) „Die Weisung, die der nunmehrige Gemeinschuldner erteilt hat, muß sich auf einen zur Aktivmasse gehörigen Gegenstand beziehen“ (Jaeger § 23 Anm. 3).

Dieselben Regeln, die für die Honorierung der Anweisung nach der Konkurseröffnung gelten, lassen sich entsprechend auf die Annahme der Anweisung anwenden. Sie kann daher nicht mehr gültig der Konkursmasse gegenüber in Kenntnis der Konkurseröffnung erfolgen. Annahme in Unkenntnis dieses Umstandes gewährt nach § 8 Abs. 2 und 3 K.O. bei der Anweisung auf Schuld eine Einrede gegen die Forderung des Konkursverwalters. War die Annahme bereits vor der Konkurseröffnung erfolgt, so kann auch bei Kenntnis derselben mit befreiender Wirkung auch der Konkursmasse gegenüber an den Empfänger geleistet werden; denn dieser hat ein — von der Gläubigeranfechtung abgesehen — unentziehbares Recht auf die Leistung erworben. Das Gleiche gilt, wenn die Annahme nach der Konkurseröffnung in Unkenntnis derselben erfolgte.

Nach Ansicht des Reichsgerichts (R.G.B. 11 S. 136 ff.) soll bei einer Anweisung auf Schuld die vor der Konkurseröffnung stattgefundene Annahme dann keine Wirkung gegen die Konkursmasse besitzen, wenn die Anweisung auf eine Kaufpreisschuld ausgestellt war und es sich um ein beiderseits noch unerfülltes Schuldverhältnis handelt, dessen Erfüllung der Konkursverwalter nach § 17 K.O. verlangt hat. Weil dann der Konkursverwalter aus Massemitteln zu erfüllen hat, wäre es nicht im Interesse der Gläubigerschaft, wenn dies nur dem Anweisungsempfänger zugute kommen sollte; deshalb müsse der Angewiesene trotz der Annahme der Anweisung seine Kaufpreisschuld zur Konkursmasse erfüllen.

Diese von scheinbaren Billigkeitsgründen eingegebene Entscheidung enthält eine große Härte gegen den Angewiesenen, der dem Empfänger aus der abstrakten Annahme verpflichtet ist.[1]) Auf diese Art muß er den Kaufpreis doppelt zahlen, einmal an den Anweisungsempfänger und einmal an die Konkursmasse. Vom Gemeinschuldner Ersatz zu verlangen, dürfte wohl in den meisten Fällen vergeblich sein. Wenn der Konkursverwalter Erfüllung wählt, so tritt er so in die Verbindlichkeit ein, wie sie zur Zeit der Eintrittserklärung bestand. Wenn also über den Kaufpreis schon wirksam verfügt war, so muß er das gegen sich gelten lassen. Freilich ist das nicht im Interesse der Konkursgläubiger; allein der § 17 K.O. gestattet nicht, wenngleich er dem Interesse der

[1]) Wenn das R.G. S. 139 sagt, die Anweisung wäre „gegenstandslos“ geworden, wenn die Parteien vor der Erfüllung den Vertrag aufgehoben hätten, so kann dies doch das Recht des Empfängers aus der Annahme nicht beeinträchtigen und der Angewiesene könnte zum mindesten Befreiung von der Verbindlichkeit gegen den Empfänger oder nach der Leistung Ersatz der Auslagen beanspruchen.

Konkursgläubiger dienen soll, eine Veränderung des Schuldverhältnisses zu ihren Gunsten. Der Angewiesene hatte durch die Annahme der Anweisung eine Einrede gegen die Kaufpreisforderung erlangt und das muß der Konkursverwalter gegen sich gelten lassen. In dem speziellen Fall der genannten Reichsgerichtsentscheidung handelte es sich um einen Successivlieferungsvertrag und das Reichsgericht sagt, die Forderung des Kaufpreises käme erst durch die Erfüllung mit den Massemitteln zustande. Allein in der Anweisung an den Käufer, den Kaufpreis einem Dritten zu zahlen, und in der Annahme dieser Anweisung liegt eine Einigung über die Lieferung einer dem Kaufpreis entsprechenden Quantität der betreffenden Ware; mithin gelangten die gegenseitigen Verpflichtungen des Käufers und Verkäufers bereits im Momente der Annahme der Anweisung zur Entstehung, ohne Rücksicht darauf, wann die Lieferung zu geschehen hatte. Deshalb beruht schon aus diesem Grunde der Schluß des Reichsgerichts auf falschen Voraussetzungen.

Wenn also der Konkursverwalter in der irrigen Meinung, die Erfüllung nütze den Konkursgläubigern, diese wählt, so kann nicht mit der Begründung, die Konkursgläubiger würden sonst geschädigt, der einmal erfolgten Annahme ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis genommen werden[1]) (Jaeger § 17 Anm. 37, Petersen-Kleinfeller § 17 Anm. 10, Ötker S. 30 f.).

Bei der Anweisung auf Kredit erlangt der Angewiesene, wenn er sie vor der Konkurseröffnung annimmt, einen Anspruch auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Da dieser Anspruch bei der Konkurseröffnung bereits begründet war, wirkt er auch gegen die Konkursmasse und verwandelt sich nach Honorierung der Anweisung in den Rückerstattungsanspruch. Beides sind einfache Konkursforderungen, entspringend der actio mandati contraria. Erfolgt die Annahme erst nach der Konkurseröffnung, so kann höchstens bei nachfolgender Einlösung der Anweisung auf Grund von § 59 Z. 3 K.O. ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung der Konkursmasse vorhanden sein (vergl. oben S. 21).

Das Ergebnis ist also folgendes:

1. bei der Anweisung auf Schuld:
   a) in Kenntnis der Konkurseröffnung kann der Angewiesene die Anweisung mit Wirkung gegen die Masse weder annehmen noch honorieren; nur in Höhe der Bereicherung der Konkursmasse wird er befreit.

---

[1]) Der Ansicht des Reichsgerichts folgen Staub HGB §§ 363 Anm. 18 und Dernburg, Preuß. Priv. Recht II, § 118 Note 5.

b) Unkenntnis der Konkurseröffnung bei Leistung oder Annahme befreit den Angewiesenen im ersten Falle auch der Konkursmasse gegenüber und gibt ihm im zweiten eine Einrede gegen die Klage des Konkursverwalters.

c) Ist die Annahme der Konkursmasse gegenüber wirksam, so ist es auch die Leistung.

2. bei der Anweisung auf Kredit:

a) Annahme und Honorierung nach der Konkurseröffnung berühren die Konkursmasse nicht; nur eventuell Bereicherungsanspruch.

b) Annahme vor der Konkurseröffnung gewährt bei nachfolgender Honorierung eine Konkursforderung auf Ersatz des Geleisteten.

Wenn der Angewiesene in Kenntnis der Konkurseröffnung nicht mehr leisten darf, welchen Zweck hat dann das Fortbestehen der Anweisung? Vor allen den, daß sie noch zugunsten des Anweisungsempfängers angenommen und honoriert werden kann, in dessen Interesse sie ja gegeben war und dem das Geleistete auch dann nicht abgenommen werden kann, wenn die Konkursmasse die Zahlung des Angewiesenen gegen sich gelten lassen muß; denn die Ermächtigung des Empfängers besteht weiter. Nur wenn ihm die Anweisung erst nach der Konkurseröffnung zugegangen war, kann ihm das Empfangene wieder abgenommen werden (vergl. oben S. 13 Anmerkung 1, Jaeger § 8 Anm. 5).

§ 5.

c) Die Anfechtung der Anweisung.

Ein wesentliches Erfordernis für die Möglichkeit der Konkursanfechtung ist die Gläubigerbenachteiligung. Die Anweisung und die mit ihr verbundenen Rechtsgeschäfte können also nur dann angefochten werden, wenn durch sie die Gläubigerschaft benachteiligt, d. h. entweder die Aktivmasse verringert oder die Passivmasse erhöht worden ist. Die Anweisung selbst gewährt aber dem Empfänger keinerlei Rechte; solange sie noch widerrufbar ist, kann also einer Schädigung durch Widerruf vorgebeugt werden und deshalb muß eine Anfechtung, weil ohne Interesse, wegfallen, selbst dann, wenn der Cridar auf den Widerruf verzichtet hatte, da dies den Konkursverwalter nicht bindet (vergl. oben S. 14 f.).

Anders liegt die Sache, wenn der Widerruf nicht mehr möglich ist, weil der Angewiesene die Anweisung schon an-

genommen oder honoriert hatte und zwar in einer der Konkursmasse gegenüber wirksamen Weise (s. o. S. 18 f., 22).

I. Dadurch kann bei der Anweisung auf Schuld, von der zunächst die Rede sein soll, der Konkursmasse ein Aktivum verloren gehen und sonach die Konkursgläubigerschaft benachteiligt werden.

a) Erfüllungshalber gegebene Anweisung.

War der Empfänger ein Gläubiger des Anweisenden gewesen und hatte er zur Zeit der Annahme oder, wenn eine solche nicht erfolgte, zur Zeit der Leistung von der Zahlungseinstellung des Cridars oder dem Eröffnungsantrage Kenntnis gehabt, so ist eine Anfechtung der Anweisung aus § 30 Z. 1 S. 2 KO gegeben; denn dieser spricht ganz allgemein von Rechtshandlungen, gleichviel ob der Cridar oder ein anderer sie vorgenommen hat. Dabei ist es gleichgiltig, in welchem Zeitpunkte die Anweisung begeben worden war oder ob der Empfänger bei der Begebung gutgläubig war, weil es selbst bei kongruenter Deckung lediglich auf den Moment ankommt, in dem der Konkursgläubiger die Sicherung oder Befriedigung empfängt,[1]) diese ihm aber durch die Aushändigung der Anweisung noch nicht zuteil wird (§§ 790, 787 Abs. 2 BGB).

War die Annahme vor der kritischen Zeit erfolgt, während die Leistung in dieselbe fällt, so ist sie auch bei Kenntnis des Empfängers von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag auf Grund von § 30 Nr. 1 S. 2 nicht anfechtbar. Dasselbe gilt, wenn die Annahme zwar während der kritischen Zeit erfolgt, jedoch ohne daß der Empfänger etwas von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage wußte, und er bei der Leistung diese Umstände kannte; denn beide Male hatte er ein unanfechtbares Recht auf die Leistung gegen den Angewiesenen erworben. Wenn also die Annahme nicht anfechtbar ist, kann es auch nicht die Leistung auf Grund der Annahme sein.

Möglicherweise ist dann aber die Anfechtung nach § 30 Nr. 2 KO gegeben. Denn durch die Annahme seitens des Angewiesenen erhält der Empfänger eine Sicherung, auf die er ursprünglich keinen Anspruch hatte. Die erhaltene Deckung (Sicherung) ist also inkongruent. Erfolgt die Annahme daher in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder nachher, so ist sie anfechtbar, wenn nicht der Empfänger seinen guten Glauben zu beweisen vermag. Eine erst nach der Annahme der Anweisung erlangte

[1]) a. M. Simonson S. 63.

Kenntnis von der Sachlage schadet dem Empfänger nichts (vergl. oben S. 25).

Leistet der Angewiesene sogleich, ohne erst anzunehmen, so ist zu prüfen, ob eine inkongruente Deckung vorliegt, widrigenfalls eine Anfechtung nach § 30 Nr. 2 nicht stattfinden kann. Der Empfänger hat zwar bekommen, was er zu beanspruchen hatte. Allein er hatte es nicht „in der Art" zu fordern. Sein Anspruch ging auf Leistung durch den Anweisenden selbst, nicht durch einen Dritten. Die Leistung auf Anweisung war nicht der Inhalt des Anspruchs. Eine solche Abweichung in den Erfüllungsmodalitäten reicht nach Cosak (S. 198 und Note 9) stets zur Anfechtung aus.[1]) Man wird aber nicht in allen Fällen eine Befriedigung durch Anweisung als eine so erhebliche Abweichung von der zu beanspruchenden Art der Erfüllung ansehen können, daß sie den Verdacht einer besonderen Begünstigung erweckt; denn eine ganz geringfügige Abweichung, wenn etwa die Beförderung der Ware statt wie vereinbart mit der Eisenbahn auf dem Wasserwege stattfindet, kann nicht bewirken, daß die Leistung nunmehr als eine der Art nach inkongruente angesehen wird. War also unter den Parteien diese Art der Befriedigung nichts Ungewöhnliches, so liegt auch keine der Art nach inkongruente Deckung vor und eine Anfechtung nach § 30 Nr. 2 KO ist hier ausgeschlossen (Jaeger § 30 Anm. 51). Stellt sich aber die Leistung auf Anweisung im einzelnen Falle als etwas Ungewöhnliches dar, so kann sie auch nach § 30 Nr. 2 KO angefochten werden, zumal wenn mit der Anweisung die Verpflichtung des Anweisenden verbunden war, sich der Einziehung der Forderung zu enthalten; denn ein solches mandatum in rem suam kommt einer Cession sehr nahe (R.G. 48, S. 149) und diese Art der Befriedigung weicht von der zu beanspruchenden erheblich ab.

Dagegen findet bei der erfüllungshalber gegebenen Anweisung eine Anfechtung aus § 30 Nr. 1 S. 1 KO nicht statt, da durch die „Eingehung" des Vertrags auf Leistung durch den Dritten die Konkursgläubiger nicht benachteiligt werden; denn noch ist die Aktivmasse nicht geschmälert. Ueberhaupt scheiden Deckungen von Konkursforderungen aus dem § 30 Nr. 1 S. 1 aus (Jaeger § 30 Anm. 24, v. Wilmowski-Kurlbaum § 30 Note 16).

Bezweckte die Befriedigung des einen Gläubigers (Anweisungsempfängers), die der übrigen zu vereiteln und war jenem diese Absicht bekannt, so ist auch eine Anfechtung nach § 31 Z. 1 KO möglich. Zwar hat der Gläubiger nur

[1]) a. M. Otto S. 195.

eine Leistung erhalten, die er zu fordern hatte und die er erzwingen konnte; eine Schädigungsabsicht auf seiner Seite liegt nicht vor.[1]) Allein eine solche ist nach dem Gesetz auf seiner Seite gar nicht nötig, er braucht nicht doli particeps zu sein. Es genügt, wenn er von der Benachteiligungsabsicht des Anweisenden Kenntnis hat. Nicht ausreichend ist freilich das Bewußtsein des Cridars, daß er durch die Auszahlung des einen Gläubigers den anderen die Mittel zu ihrer Befriedigung verkürzt. Die Leistung muß vielmehr hauptsächlich den Zweck verfolgen, die Ansprüche der anderen Gläubiger zu vereiteln. Diese Absicht wird sich aus den Begleitumständen ergeben. Dann aber ist auch die erfüllungshalber erteilte Anweisung nach § 31 Z. 1 KO anfechtbar; denn die Bestimmung trifft alle Rechtshandlungen ohne Ausnahme, auch völlig kongruente Deckungen.[2]) Cosak (S. 80, 114) meint freilich, daß die Gläubigergesamtheit geschädigt sein müsse. Bei Befriedigung eines Gläubigers sei dies aber nicht der Fall. Das Gesetz stelle Gläubigerbenachteiligung, die alle Gläubiger betreffe, und Gläubigerbegünstigung einander gegenüber, die nur eine Schädigung der übrigen Gläubiger bedeute. Demnach sei eine Gläubigerbegünstigung überall da der Anfechtung entzogen, wo das Gesetz eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen fordert. Allein diese Ansicht fußt auf der falschen Annahme, daß eine Gläubigerbenachteiligung stets alle Gläubiger treffen müsse. Dies ist aber durchaus nicht der Fall. Es genügt z. B. die Schädigung der nichtbevorrechtigten Gläubiger, während vielleicht die bevorrechtigte durch die Minderung der Massemittel gar nicht berührt würden. Daraus geht aber hervor, daß eine Gläubigerbenachteiliguug nicht alle Gläubiger zu treffen braucht. Gläubigerbegünstigung und Gläubigerbenachteiligung sind demnach nicht Gegensätze, die sich ausschließen; beide Begriffe können sehr wohl zusammen fallen (Jaeger § 29 Anm. 45).

Dagegen kann die Erfüllung unanfechtbar bestehender Verbindlichkeiten nicht nach § 31 Z. 2 KO angefochten werden. Denn die Erfüllung ist kein entgeltlicher Vertrag, bei dem der eine Teil (der Leistende) für seine Leistung eine der Meinung der Parteien nach äquivalente Gegenleistung empfängt. Da — wie oben S. 6 f. ausgeführt — die Erfüllung d. h. die Befreiung des Schuldners, notwendige durch einseitige Erklärung des Leistenden bestimmte Folge der Leistung ist, es also zur Befreiung nicht der Zustimmung des Gläubigers bedarf, selbst

---

[1]) nullum videtur fraudem facere, qui suum recipit (l. 6 § 6 D 47,8).

[2]) Jaeger § 31 Anm. 2, v. Wilmowski-Kurlbaum § 31 Note 15, v. Sarwey-Bossert § 31 Note 1 (S. 163).

wenn zur Leistung ein Vertrag erforderlich ist, so kann man sie (die Befreiung) auch nicht als das vom andern Teil gewährte Aequivalent auffassen, Außerdem betont der Wortlaut des Gesetzes besonders den Abschluß des Vertrages, verlangt also unmittelbare Benachteiligung durch Eingehung des Vertrags und stellt den Abschluß somit der Erfüllung des Vertrags gegenüber. Daher ist die gegenteilige Ansicht, daß auch die kongruente Deckung unter § 31 Z. 2 KO fällt unrichtig (so auch Petersen-Kleinfeller § 31 Note 14 S. 175).[1]) Zwar das Reichsgericht ist, nachdem es anfangs (R.G. B. 16, S. 62) dieser Ansicht beigetreten war, andrer Meinung, indem es so argumentiert: Die Erfüllung durch Zahlung ist ein Vertrag und zwar kein unentgeltlicher; jeder Vertrag, der nicht unentgeltlich ist, ist aber entgeltlich, also fällt auch das Erfüllungsgeschäft, unter Nr. 2 des § 31 (R.G. B. 27, S. 133 f.). Nun ist ja zweifellos richtig, daß die Leistung zur Erfüllung kein unentgeltlicher Vertrag ist. Allein man wird ihn auch nicht als entgeltlich bezeichnen können, da seine Wirkung, die Erfüllung, die das Reichsgericht a. a. O. als Entgelt bezeichnet, durch einseitige Bestimmung des Leistenden eintritt und nicht als Gegenleistung des Empfängers anzusehen ist. Vielmehr steht dieser Vertrag in der Mitte zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen, wie etwa ein Vertrag, durch den die Aufhebung eines bestehenden gegenseitigen Schuldverhältnisses geregelt wird. Einen solchen wird man weder als entgeltlich noch als unentgeltlich bezeichnen können. Wolffs Begründung (§ 31 Note 8a), daß die Zahlung und Erfüllung ein einseitiges Rechtsgeschäft sei und darum nicht unter § 31 Z. 2 falle, ist nicht genügend, da die Zahlung einen Vertrag erfordert. Ausschlaggebend ist, daß dieser Vertrag kein entgeltlicher ist.

b) Nicht erfüllungshalber gegebene Anweisung.

Durch das Dazwischentreten einer Anweisung kann ein an sich anfechtbares Rechtsgeschäft nicht der Anfechtung entzogen werden, da in einem solchen Falle das ganze Rechtsgeschäft in seinem Zusammenhange betrachtet werden muß und nicht in seine einzelnen Phasen zerrissen werden darf[2]) (Jaeger § 29 Anm. 31, Simonson S. 62, R.G. B. 45 S. 114 f.). Es steht daher die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger der direkten Leistung des Anweisenden gleich. Deshalb ist auch eine Anfechung nach § 30 Nr. 1 S. 1 KO möglich, wenn das Rechtsgeschäft bei direkter Leistung des Anweisenden anfechtbar wäre. Ein solcher Fall ist z. B. die

[1]) a. M. Jaeger § 31 Anm. 21.
[2]) Diese unrichtige Methode befolgen Lent und Fürst.

Gewährung eines Darlehens, bei dem die Valuta vermittelst einer Anweisung ausgezahlt wird. Es wäre deshalb falsch zu argumentieren: Durch die Begebung der Anweisung werden die Konkursgläubiger noch nicht geschädigt, die Zahlung ist aber ein Rechtsgeschäft des Angewiesenen, also kann von einer unmittelbaren Schädigung durch die Eingehung des Vertrags nicht die Rede sein. Es ist vielmehr zu beachten, daß der Darlehensvertrag gemäß seiner Natur als Realvertrag erst mit der Zahlung perfekt wird; diese erfolgt indirekt durch den Anweisenden, in seinem Auftrage, während die Einigung über den Zweck der Zahlung bereits vorangegangen ist. Man muß also sagen, daß im Moment der Zahlung der Vertrag „eingegangen" wurde. Denn das ist ja das Kennzeichen der Realverträge, daß die bloße Einigung zur Perfektion nicht genügt. Mithin liegt hier eine unmittelbare Benachteiligung vor.

Aus dem eben Gesagten erhellt auch, daß Lents Ansicht (S. 166) irrig ist, die Kreditierungsanweisung (d. h. die zur Kreditgewährung an den Empfänger bestimmte Anweisung) sei nie anfechtbar, weil die Konkursmasse eine (von Zinsverlusten abgesehen) gleichwertige Forderung gegen den Empfänger erlangt. Denn wenn dieser insolvent ist, kann die Gläubigerschaft dadurch, daß an Stelle der Forderung gegen den Angewiesenen eine solche gegen den Empfänger tritt, empfindlich benachteiligt werden; ja sogar schon dadurch, daß diese Forderung vielleicht längere Zeit unkündbar ist. Das erlangte Entgelt ist eben der Leistung des Anweisenden nicht gleichwertig. Der Vertrag nebst der Anweisung kann mithin nach § 30 Z. 1 S. 1 KO angefochten werden, sicherlich auch nach § 31 Z. 1, wenn dem Darlehensempfänger die Absicht des Cridars, seine Gläubiger zu benachteiligen bekannt war. Ebenso ist die Anfechtung nach § 31 Z. 2 KO zulässig, da — wie oben ausgeführt — unmittelbare Schädigung vorliegt.

Daß bei unentgeltlicher Zuwendung der Anweisung der Schenkungsvertrag nach § 32 KO angefochten werden kann, ergibt sich daraus, daß die Schenkung einer Anweisung nichts weiter ist als die unentgeltliche Zuwendung der darin benannten Sachen. Mit dem angefochtenen Schenkungsvertrag fällt aber auch die Wirkung der Anweisung weg. Denn nicht nur der Vollzug der Schenkung fällt unter § 32 KO, sondern auch das Schenkungsversprechen, da „Verfügung" a. a. O. noch nicht im technischen Sinn des BGB gemeint sein kann. Das geht daraus hervor, daß nicht nur rechtsgeschäftliche Freigebigkeiten diesem § unterliegen;[1]) außerdem wird die Erfüllung

[1]) z. B. Unterlassen des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl (Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. in L. Z. 1908, S. 176).

eines formgültigen Schenkungsversprechens vom BGB selbst nicht als unentgeltliche Verfügung angesehen, vergl. § 2113 Abs. 2. Es könnte dann das Schenkungsversprechen nicht angefochten werden, da es keine „Verfügung“ ist und die Leistung nicht, da sie keine unentgeltliche ist. So kann es natürlich nicht gemeint sein; vielmehr sind ganz allgemein solche die Gläubiger schädigende Rechtshandlungen des Cridars gemeint, für die dieser eine als gleichwertig angesehene Gegenleistung nicht empfängt.

Für die Gläubigeranfechtung bilden übrigens Grund- und Erfüllungsgeschäft eine unentgeltliche Verfügung[1]); als kritischer Zeitpunkt kommt daher der Moment der Zahlung, nicht der der Begebung in Frage (Jaeger § 29 Anm. 31).

Anfechtungsgegner ist in allen Fällen nur der Empfänger, denn er hat etwas aus der Konkursmasse erhalten. Aus der Person des Angewiesenen kann ein Anfechtungsgrund für gewöhnlich nicht entnommen werden, da er nur seiner Verpflichtung nachkommt und es für die Gläubiger gleichgültig sein muß, ob er seine Schuld direkt an den nachmaligen Cridar oder auf sein Geheiß an einen anderen bezahlt. Nur in folgenden zwei Fällen kann der Angewiesene als Anfechtungsgegner in Frage kommen, nämlich:

a) nach § 30 Z. 1 S. 1 KO, z. B. wenn seine Schuld noch nicht fällig war und er sich durch unverhältnismäßig große Vorteile zur sofortigen Leistung, bewegen ließ, etwa weil ihm ein Teil der Schuld erlassen wurde. Im Falle der Anfechtung hätte dann der Angewiesene den zum Schaden der Konkursmasse aufgegebenen Teil der Forderung nachzuzahlen (§ 37 KO), nicht die ganze Schuld, selbst wenn vom Empfänger nichts zu holen ist. Denn entzogen ist der Masse nur dieser aufgegebene Teil der Forderung.[2])

---

[1]) Jaeger § 32 Anm. 3, § 29, Anm. 31; Kohler Leitfaden S. 151.

[2]) Anders liegt der Fall in R.G. B. 45, S. 110 ff., in dem die Reichsbank in Kenntnis der Zahlungseinstellung des Anweisenden von diesem eine zur Gutschrift auf sein Girokonto bestimmte Summe (in Wertpapieren) annahm, um damit eine vorher von diesem ausgestellte Anweisung honorieren zu können. Der spätere Cridar war Mitglied einer Abrechnungsstelle und hatte zur Tilgung seines Debetsaldos bei derselben eine Giroanweisung zu ihren Gunsten an die Reichsbank gesandt, ohne dort ein entsprechendes Guthaben zu besitzen. Hier stellt sich das Geschäft der Reichsbank mit dem Anweisenden so dar, daß sie gegen Aushändigung der Werte bestimmte Gläubiger (die Mitglieder der Abrechnungsstelle) zu befriedigen übernimmt und somit die übrigen Gläubiger schädigt. Sie mußte auf Grund von § 30 Z. 1 KO den ganzen Betrag zurückgewähren.

b) Im ganzen Umfang ist die Leistung des Angewiesenen anfechtbar, wenn sie in Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Anweisenden erfolgte, z. B. wenn dadurch das Geld bei Seite geschafft werden sollte. Die Frage ist freilich zweifelhaft, da ja der Schuldner gar kein Interesse daran hat, ob er dem Cridar oder der Konkursmasse leistet, zudem nur seine Verpflichtung erfüllt. Allein er darf nicht betrügliche Handlungen des Cridars unterstützen. Es hieße ihn zur Beihilfe zu den Verbrechen der §§ 239 Z. 1, 242 Z. 1 KO ermächtigen, wenn man eine solche Handlungsweise für unanfechtbar erklärte. Außerdem spricht § 31 Z. 1 KO nicht davon, daß der andre Teil eine an sich pflichtwidrige Handlung vornehmen müsse. Durch den Wortlaut des § 31 Z. 1 wird die Erfüllung einer Verbindlichkeit mit getroffen. Für den Schuldner bilden diese Umstände einen Hinterlegungsgrund nach § 372 BGB, da er durch einen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde an der ordnungsmäßigen Leistung behindert ist. Der Vorteil, den der Angewiesene durch die Leistung zum Nachteile der Gläubiger erlangt, besteht in der Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Er hat also den vollen Betrag seiner Schuld noch einmal zur Konkursmasse zu zahlen.[1]) Unrichtig ist deshalb die von Simonson (S. 62) aufgestellte Ansicht, der Bezogene könne nie Anfechtungsgegner sein, weil er nichts empfangen hat.

Ist der Angewiesene Anfechtungsgegner, so wird dadurch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Leistung auch dem Anweisungsempfänger gegenüber angefochten werden kann. Dann liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor.

II. a) Bei der Anweisung auf Kredit wird die Sache gewöhnlich so liegen, daß an Stelle der Forderung des Empfängers (bei erfüllungshalber gegebener Anweisung) eine solche des Anweisenden tritt. Die Passivmasse wie die Aktivmasse ist also unverändert geblieben und es wäre eine falsche Schlußfolgerung anzunehmen, daß der Angewiesene dem Anweisenden die geleistete Summe als Darlehen gegeben, mithin die Aktivmasse um soviel erhöht hat, auf deren Kosten dann der Empfänger die Zahlung erhält. Denn die Leistung des Angewiesenen war nie in der Kokursmasse und dem An-

[1]) R.G. B. 23, S. 11; Jaeger § 31 Anm. 3; v. Sarwey-Bossert § 31 Note 1; v. Wilmowski-Kurlbaum § 31 Note 7.

weisenden nicht zur freien Verfügung überlassen. Die Aktivmasse hat also keine Einbuße erlitten (R.G. B 48 S. 150). Deshalb liegt eine Gläubigerbenachteiligung nicht vor. Die Passivmasse könnte höchstens insofern zum Schaden der Gläubiger vermehrt sein, als die Bedingungen der neuen Forderung härtere sind als die der Forderung des Empfängers, z. B. wenn jene höher verzinsbar ist. Insoweit ist der Vertrag, wonach der Angewiesene dem Anweisenden ein Darlehen gewährt, (d. h. die Honorierung der Anweisung) anfechtbar. Anfechtungsgegner ist der Angewiesene, sofern er die Benachteiligungsabsicht kannte (§ 31 Z. 1 KO) oder die Honorierung in der kritischen Zeit erfolgte und ihm die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war (§ 30 Z. 1 S. 1 KO), da unmittelbare Benachteiligung vorliegt. Deshalb ist der Vertrag auch nach § 31 Z. 2 KO anfechtbar. Meistens wird dabei der Angewiesene eine Sicherheit für seine Forderung erhalten haben; diese Sicherung ist dann, wenn nicht schon die alte Schuld gesichert war, im ganzen Umfange mit anfechtbar.[1]) Zurückzugewähren ist also außer der etwa bestellten Sicherheit nur der Mehrbetrag an Zinsen oder die sonstigen Vorteile. Dem Empfänger gegenüber ist im Falle einer Benachteiligung die Leistung in Höhe der Benachteiligung nach § 30 Nr. 1 S. 2 und Nr. 2 KO anfechtbar, auch nach § 31 Z 1 KO, nicht nach § 31 Z. 2 KO (vergl. oben S. 27 f).

Entsprechendes gilt, wenn vor der Konkurseröffnung nur die Annahme der Anweisung auf Kredit stattgefunden hatte. Die sich daraus für den Angewiesenen ergebenden Rechte sind anfechtbar unter den Voraussetzungen der § 30 Z. 1 S. 1, § 31 Z. 1 und Z. 2 KO; denn auch hier kann eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger durch den Abschluß des Vertrags zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen gegeben sein, indem z. B. diesem für seine Forderung auf Befreiung eine Sicherheit bestellt worden war. Die Festsetzung einer höheren Verzinsung begründet bei Einlösung der Anweisung nach der Konkurseröffnung keine Gläubigerbenachteiligung, da Zinsen vor der Konkurseröffnung nicht fällig geworden sind und die später fällig werdenden nicht angemeldet werden können, § 63 Z. 1 KO. Hinsichtlich der Anfechtbarkeit gegenüber dem Empfänger bewendet es bei dem oben Gesagten.

b) War die Anweisung auf Kredit nicht erfüllungshalber gegeben, sondern um dem Empfänger in Darlehen zu ge-

[1]) vergl. die Entscheidung des Reichsgerichts in R.G. B. 45, S. 110 ff., oben S. 30 Anm.

währen oder um ihm eine unentgeltliche Zuwendung zu machen, so ist dem Angewiesenen gegenüber dessen Leistung nach den oben S. 32 erörterten Bestimmungen (§ 30 Z. 1 S. 1, § 31 Z. 1 und 2 KO) anfechtbar, falls nicht durch die Forderung gegen den Empfänger die Konkursgläubiger einen vollgültigen Ersatz erlangt haben. Dann ist auch eine Anfechtbarkeit dem Empfänger gegenüber möglich nach §§ 30 Z. 1 S. 1, 31 Z. 1 und 2 und eventuell nach § 32 KO.

III. War die akzeptierte Anweisung vom Empfänger indossiert bzw. nach § 792 BGB übertragen worden, so findet eine gegen den Indossanten[1]) begründete Anfechtung auch gegen den Indossatar statt, sobald dieser von den die Anfechtbarkeit begründenden Umständen zur Zeit seines Erwerbs etwas wußte, § 40 Abs. 2 KO. Denn der Indossatar gilt als Rechtsnachfolger des Indossanten, auch wenn (wie bei der kaufmännischen Anweisung) er das Recht aus der Anweisung selbst in dem Falle erwirbt, daß sein Vormann es nicht hatte (Jaeger § 40 Anm. 8).

Außerdem findet die gegen den Anweisungsempfänger begründete Anfechtung auch bei Gutgläubigkeit des Indossatars gegen diesen statt, wenn ihm die Anweisung vom Empfänger unentgeltlich zugewendet wurde, § 40 Abs. 2 Z. 3 KO.

Ist dagegen die akzeptierte Anweisung wegen Gutgläubigkeit des Empfängers diesem gegenüber nicht anfechtbar, kannte dagegen der Indossatar beim Erwerbe den ganzen Sachverhalt, so kann die Anweisung trotzdem auch ihm gegenüber nicht angefochten werden, da der Empfänger über sein wohlerworbenes Recht verfügen konnte. Umgekehrt schadet die dem Indossanten gegenüber bestehende Anfechtbarkeit dem gutgläubigen Indossatar nichts.

Fand dagegen eine Weiterbegebung der Anweisung vor deren Akzeptierung statt, so ist die Anfechtbarkeit gegen den Erstempfänger und den Indossatar unabhängig von einander. Selbst wenn der Indossant gutgläubig ist und ihm gegenüber eine Anfechtung nicht möglich wäre, kann eine solche gegen den Indossatar stattfinden, wenn diesem zur Zeit seines Erwerbs — nicht etwa der Anweisung, sondern — der Leistung oder Annahmeerklärung des Angewiesenen ein die Anfechtbarkeit begründender Umstand bekannt war, mochte er auch beim Erwerbe der Anweisung nichts davon gewußt haben. Denn es ihm kein Recht, sondern lediglich die Möglichkeit eines Erwerbs übertragen worden und der Indossatar

[1]) Der Kürze halber soll auch bei der einfachen Anweisung des BGB von Indossant und Indossatar gesprochen werden, trotzdem hier ein Indossament im eigentlichen Sinne nicht vorliegt.

einer nicht akzeptierten Anweisung hat genau die Stellung des Erstempfängers, ohne aus dessen Person irgendwelche Rechte gegen Dritte herleiten zu können. Andrerseits schadet ihm bei eigener Gutgläubigkeit die Kenntnis des Erstempfängers nicht. Nur dann trifft ihn auch bei Gutgläubigkeit eine gegen diesen begründete Anfechtung, wenn ihm (Indossatar) die Anweisung vom Erstempfänger unentgeltlich zugewendet worden ist; denn das ist nichts anderes, als hätte ihm der Erstempfänger die Leistung des Angewiesenen geschenkt.

Wäre die Anfechtung gegen den Indossanten (Anweisungsempfänger) begründet, wenn er selbst die Anweisung eingezogen hätte, so bleibt sie es auch, gleichviel ob sie gegen den Indossatar möglich ist oder nicht. Denn durch die Zahlung an den Indossatar wird auch der Indossant befriedigt, grade als ob ihm selbst geleistet worden wäre. Nur eine Anfechtung aus § 30 Z. 1 KO wird man dann nicht gegen den Erstempfänger zulassen können, wenn er bei Indossierung der Anweisung gutgläubig war und erst später einen der betreffenden Umstände erfahren hatte, arg. § 34 Abs. 2 KO, da die gleichen Verhältnisse obwalten.

Wird die Anweisung mit Erfolg angefochten, so verpflichtet dies den Anfechtungsgegner, das auf Kosten der Masse zum Nachteil der Gläubiger Erlangte zurückzugewähren. Das angefochtene Rechtsgeschäft wird nicht etwa mit rückwirkender Kraft absolut unwirksam, sondern es entsteht für den Anfechtungsgegner lediglich die Verpflichtung, die der Konkursmasse nachteiligen Folgen des Rechtsgeschäfts auszugleichen. Die gegenteilige Anicht, daß der Konkursanfechtung wie der Anfechtung des BGB eine absolute Wirkung innewohne, ist durch die ständige Praxis (z. B. R.G. B. 58 S. 107) und die herrschende Theorie (vergl. Jaeger § 29 Anm. 10 ff.) abgelehnt worden.

Das Ergebnis ist demnach:

I. Die Annahme oder Einlösung der Anweisug auf Kredit ist nur anfechtbar, sobald dadurch die Passivmasse erhöht oder die Aktivmasse durch Sicherung des Angewisenen geschmälert worden ist. Dann regelt sich die Anfechtung wie unten unter II, nur daß dem Angewiesenen gegenüber außer nach den unter IIb angegebenen Bestimmungen noch eine Anfechtung nach § 31 Z. 2 möglich ist.

II. Bei der Anweisung auf Schuld ist anfechtbar Annahme und Einlösung

a) dem Empfänger gegenüber,

1. wenn dieser Konkursgläubiger ist,

a) nach § 30 Z. 1 S. 2,
b) nach § 30 Z. 2, die Leistung aber nur, wenn sie eine außergewöhnliche Befriedigungsart darstellt,
c) nach § 31 Z. 1;

2. wenn dieser nicht Konkursgläubiger ist,
a) nach § 30 Z. 1 S. 1,
b) nach § 31 Z. 1,
c) nach § 31 Z. 2,
d) nach § 32;

b) dem Angewiesenen gegenüber,
a) nach § 30 Z. 1 S. 1,
b) nach § 31 Z. 1.

Doch die Leistung auf Grund unanfechtbar erfolgter Annahme ist der Anfechtung nicht unterworfen.

II. Buch.

Der Scheck im Konkurse des Ausstellers.

§ 6.

1. Kapitel.

Bestehenbleiben, Widerruf und Einlösung.

Nachdem die Rechtsverhältnisse der Anweisung im Konkurse des Ausstellers erörtert sind, wenden wir uns dem Scheck zu. Auf diesen werden die meisten der für die Anweisung gewonnenen Ergebnisse anwendbar sein, da hinter dem Scheckgesetz, das den Scheck[1]) als selbständiges Rechtsgebilde und nicht im Anschluß an Anweisung oder Wechsel

[1]) Damit ist im Folgenden nur der sog. weiße Scheck gemeint. Der Ueberweisungsscheck (die Giroanweisung oder roter Scheck) fällt nicht unter das Scheckgesetz, da er nicht den §§ 1 Z 1 u. 2, 7, 8 entspricht. Er ist nach besonderen Regeln (unten § 9) zu behandeln; vergl. Lessing § 1, Note 3 (S. 22), Dernburg Bürg. Recht II, 2 S 254 Note 8, Conrad S. 61, Fick S. 168 f, Kuhlenbeck S. 9 Anm. 1). Nur im internen Verhältnis zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen haben beide allerdings die gleichen Wirkungen und sind daher insoweit auch konkursrechtlich gleich zu behandeln (vergl. Breit S. 467, 504). Der in der Mitte zwischen beiden stehende (gekreuzte) Verrechnungsscheck (§ 14 SchG.) ist nach dem Scheckgesetz zu beurteilen.

regelt, subsidiär die Vorschriften des bürgerlichen Rechts Platz greifen, von diesen aber für Anweisung und Scheck im wesentlichen die nämlichen Bestimmungen in Frage kommen; denn die Konstruktion des Schecks ist dieselbe wie die der Anweisung, da die vom SchG aufgezählten Unterschiede von der Anweisung[1]) keine solchen sind, die das Wesen des Schecks anders als das der Anweisung gestalten,[2]) nur daß der Scheck zugleich eine Verpflichtung des Ausstellers und etwaiger Indossanten begründet. Denn genau wie bei der Anweisung wird durch den Scheck der Bezogene ermächtigt,[3]) für Rechnung des Ausstellers an den Schecknehmer zu zahlen, während dieser ermächtigt ist, den Geldbetrag im eignen Namen zu erheben, ohne daß er gegen den Bezogenen ein Recht auf Einlösung erlangte. Denn die von v. Canstein noch für den vorläufigen Entwurf vertretene Theorie, daß die Begebung des Schecks eine Zession der dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehenden actio depositi bezw. des Rückgewähranspruchs bedeute,[4]) ist vom SchG endgültig aufgegeben; dafür spricht die Widerruflichkeit nach Ablauf der Vorlegungsfrist sowie das Schweigen des Gesetzes (Fürst S. 407, Lessing S. 9, Kuhlenbeck S. 46).

Aus dieser Wesensgleichheit mit der Anweisung folgt aber, daß der Scheck wie diese im Konkurs des Ausstellers nicht erlischt. Dazu kommt noch als weiterer Grund, daß mangels einer besonderen Vorschrift die durch den Scheck begründete abstrakte Skripturobligation gegen den Aussteller durch dessen Konkurs nicht vernichtet werden kann. Nur Fürst S. 410 behauptet gegen die herrschende Meinung,[5]) daß mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Ausstellers der Scheck erlösche, weil er sich auf den Scheckvertrag aufbaue, der dem § 23 KO untersteht uud deshalb bei der Konkurseröffnung erlischt. Diese Schlußfolgerung beruht auf der irrigen Annahme, daß ein Scheck ohne Scheckvertrag ungiltig sei. Das SchG verlangt zwar in § 1 Z. 2 die Bezugnahme auf ein Guthaben, daß ein solches aber auch tatsächlich vorhanden ist, ist zur rechtswirksamen Entstehung des Schecks nicht er-

---

[1]) z. B. Zahlbarkeit auf Sicht, Ausschluß der Annahme, Unwiderruflichkeit innerhalb der Vorlegungsfrist, Zulassung nur einer bestimmten Geldsumme als Gegenstand, Regreß aus dem Papier selbst.

[2]) Lessing S. 9, Kuhlenbeck S. 10 u. 35, Note 3a)

[3]) Daß er durch den Scheckvertrag dem Aussteller gegenüber auch dazu verpflichtet ist, liegt außerhalb des Schecks selbst, vergl. unten Seite 37.

[4]) LZ. 07, S. 609 f.; Scheck, Wechsel und deren Deckung S. 111; ebenso Kohler, Lehrbuch S. 691.

[5]) Jaeger § 23 Anm. 18 a. E., Lessing § 13 S. 116, Apt S. 87, Kuhlenbeck § 13 Note 6a).

forderlich;[1]) auch aus diesem Scheck würden Regreßansprüche gegen den Aussteller und etwaige Giranten entstehen. Auch § 3 SchG hat nicht den Sinn, das Erfordernis eines Guthabens als wesentliche Voraussetzung zu statuieren; er definiert vielmehr nur den Begriff des Guthabens, um zu verhüten, daß etwa ein auf Kredit ausgestellter Scheck als betrügerisch bezeichnet werden könnte. Das Erfordernis eines Guthabens, d. h. die Verpflichtung des Bezogenen zur Einlösung dem Aussteller gegenüber ist lediglich eine Sollvorschrift, deren Verletzung wohl strafrechtliche Folgen (§ 263 StGB) haben kann, aber den Scheck nicht ungiltig macht. Unrichtig ist eine Argumentierung, daß der Scheck selbst hinfällig werde, wenn eine Verpflichtung zur Einlösung nicht besteht. Uebrigens könnte doch diese Folge, wenn sie überhaupt möglich wäre, höchstens dem in Konkurs geratenen Aussteller gegenüber eintreten, nicht aber für Dritte, die als Giranten mit verpflichtet waren. Denn deren Verpflichtung kann durch ein Ereignis in der Person eines anderen (abgesehen von der Zahlung) nicht getilgt werden. Daher ist auch für das SchG wie schon ehedem anzunehmen, daß der Scheck durch den Konkurs in seinem Bestande nicht berührt wird.

Daß aber eine nach der Konkurseröffnung auf den Scheck geleistete Zahlung trotz dessen Bestehenbleibens der Konkursmasse gegenüber ohne Wirkung ist, folgt aus den S. 16 angeführten Gründen. Bestand das Guthaben des Ausstellers in einem depositum, so muß der Bezogene den Betrag der Konkursmasse nochmals gewähren, soweit er nicht in diese gelangt ist, § 8 Abs. 1 KO, oder zu einer Bereicherung der Konkursmasse geführt hat; wenn z. B. durch die Scheckzahlung ein Gläubiger des Kridars befriedigt wurde, so wird der Bezogene von seiner Rückgewährpflicht der Masse gegenüber in Höhe der Dividende befreit, die sonst der Gläubiger bekommen hätte. Bestand aber das Guthaben in einem Kredit, den der Bezogene dem Aussteller eingeräumt hatte, so kann jener seinen Erstattungsanspruch schon deswegen nicht als Konkursforderung anmelden, weil er erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist (vergl. oben S. 20 f.); allein auf Grund von § 59 Z. 3 KO kann er in Höhe der Bereicherung der Konkursmasse Ersatz seiner Auslagen erlangen.

Diese Grundregeln werden bei durch Barguthaben gedecktem Scheck gemildert durch § 8 Abs. 2 u. 3 KO, der auch hier anwendbar ist[2]) (vergl. oben S. 18 f., auch über die

---

[1]) Lessing S. 46, Conrad S. 110, Schiebler S. 12; a. M. Buff Seite 37.

[2]) Begründung S. 29, Lessing S. 116, Pavlicek S. 33.

Einwendungen Simonsons). War dem Bezogenen zur Zeit der Zahlung[1]) die Konkurseröffnung nicht bekannt — wobei fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis nicht gleichsteht —, so wird der Bezogene in voller Höhe von seiner Rückgewährpflicht der Masse gegenüber befreit.[2]) Dabei ist hinsichtlich der Beweislast zu unterscheiden, ob die Honorierung des Schecks vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgte. Erfolgte sie vor dieser, so muß dem Bezogenen bewiesen werden, daß er die Konkurseröffnung bei der Leistung kannte; erfolgte sie nach der öffentlichen Bekanntmachung, so muß der Bezogene seine Unkenntnis zur Zeit der Leistung beweisen. Gelingt ihm das nicht, so kann er wenigstens den verauslagten Betrag gemäß §§ 23 Abs. 1 S. 2, 27 KO mit § 674 BGB als Konkursforderung anmelden, wenn ihm nicht wenigstens fahrlässige Unkenntnis der Konkurseröffnung nachgewiesen wird (Fürst S. 411 f.). Als Fahrlässigkeit wird man ihm aber das Nichtlesen des Reichsanzeigers nicht anrechnen können, da dies kaum zu der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehört.

Breit (S. 506) gesteht nur für die Honorierung eines „freien" d. h. ohne Bestehen eines Scheckvertrags gezogenen Schecks die Anwendbarkeit des § 8 KO zu, leugnet sie dagegen, falls — wie üblich — zwischen dem Bezogenen und dem Aussteller ein Girovertrag[3]) bestand (S. 511 f.). In diesem Falle, sagt Breit, habe der Bezogene bei der Einlösung des Schecks nicht die Absicht, einen Teil seiner Guthabenschuld an den Aussteller abzustoßen, sondern wolle nur eine aufrechenbare Gegenforderung erwerben; er mache nur als Geschäftsbesorger eine Aufwendung; erst durch die Aufrechnung werde das Guthaben des Ausstellers gemindert; § 787 Abs. 1 BGB komme demnach (außerhalb des Konkurses) gar nicht zur Anwendung; denn eine unmittelbare Minderung des Guthabens durch die Scheckzahlung widerspreche der Natur des Girovertrags; da nämlich bei einem nur in Kredit bestehenden Guthaben stets ein Ersatzanspruch des Bezogenen entsteht, müsse dies im Interesse einer einheitlichen Behandlung des Girovertrags auch für den Fall des durch Barguthaben gedeckten Schecks gelten. Bei dieser Konstruktion ist

---

[1]) Annahme kommt nicht in Betracht, § 10 SchG.

[2]) und zwar auch dann, wenn die Vorlegungsfrist bereits verstrichen war, § 13 II SchG., da § 8 KO auch auf Zahlungen Anwendung findet, die auf erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist präsentierte Schecks geleistet werden (vergl. Breit S. 507).

[3]) Damit ist der einheitliche Vertrag gemeint, durch den sich der Bezogene zur Honorierung der ihm vom Aussteller erteilten Zahlungsaufforderungen verpflichtet, mögen sie durch Scheck, Giroanweisung oder direkten Zahlungsauftrag ergehen.

daher die Einlösung des Schecks nicht die Leistung auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit, sondern ausschließlich eine Aufwendung des Bezogenen, die — weil nach der Konkurseröffnung erfolgt — gemäß §§ 23, 27 KO mit § 674 BGB nur eine Konkursforderung auf Ersatz der Aufwendung begründen könnte.

Allein Breit's Ausgangspunkt ist nicht richtig. Warum sollte der Bezogene bei der Einlösung des Schecks nicht das Bewußtsein haben: „Jetzt ist das Guthaben des A (Ausstellers) um so und so viel geringer geworden"? Dieser Gedanke ist aber entscheidend dafür, daß zugleich der Wille vorlag, die Schuld an A zu verringern d. h. es bestand der Leistungswille an A (nicht nur an den Empfänger) mit dem Erfolg der entsprechenden Minderung der Schuld des Bezogenen. Daß dieses Resultat oft erst auf dem Umweg verschiedener Buchungen kenntlich gemacht wird, kann den rechtlichen Vorgang nicht beeinflussen. Soll etwa auch dann nur eine „Aufwendung" vorliegen, wenn der Aussteller durch Scheck an die eigne Order selbst Geld abhebt? Das Wesen der im Scheck enthaltenen Ermächtigung besteht aber gerade darin, daß die Leistung an den Empfänger der an den Gläubiger gleichsteht. Gegenüber der Vorschrift des § 787 Abs. 1 BGB mit einem dem Bezogenen untergeschobenen Willen zu argumentieren ist m. E. unzulässig.

Breit wählt seine Konstruktion „im Interesse einer einheitlichen Behandlung des Girovertrags" (S. 484). Allein es ist gar kein Grund einzusehen, weshalb nicht ein einheitlicher Vertrag verschiedene Wirkungen haben kann, je nachdem die eine oder die andere der darin gewährten Möglichkeiten gewählt wird. So kann bei einem Auftragsverhältnis der Beauftragte, falls er zugleich Bevollmächtigter ist, bald im eignen, bald im fremden Namen handeln und so verschiedene Wirkungen erzielen, ohne daß dadurch die Einheitlichkeit des Vertrages in Frage gestellt würde.

Breits Konstruktion kann daher nicht akzeptiert werden. Sie führt auch zu einem für den Bezogenen ungünstigeren Ergebnis (vergl. oben). Zwar Breit (S. 514 ff) will dem Bezogenen trotz § 55 Z. 2 KO die Befugnis zur Aufrechnung seiner nach der Konkurseröffnung entstandenen Ersatzforderung mit der Forderung der Konkursmasse auf Auszahlung des Guthabens gewähren mit der Begründung, daß nach dem Zweck des Guthabens — Sicherung des Bezogenen — die Forderung auf Rückzahlung des Guthabens als für alle Ansprüche aus dem Girovertrage verpfändet zu gelten hat. Selbst wenn man nun eine derartige Verpfändung nach § 1274 BGB als stillschweigend vereinbart annehmen wollte, würde sie

nach § 15 KO nicht gegen die Konkursmasse wirken. Es wäre nämlich ein Pfandrecht für eine künftige Forderung des Bezogenen (§ 1204 Abs. 2 BGB). Solange diese Forderung noch nicht entstanden ist, besteht auch kein (wirksames) Pfandrecht. Es ist nicht etwa ein durch die spätere Entstehung der Forderung bedingtes Pfandrecht entstanden, sodaß nach § 161 Abs. 1 S. 2 BGB der § 15 KO nicht zur Anwendung käme,[1]) sondern es besteht überhaupt keins gemäß der akzessorischen Natur desselben.[2]) Dies wird durch §§ 1204 Abs. 2, 1209 BGB nicht widerlegt; denn diese sichern nur den Vorrang des zur Entstehung gelangten Pfandrechts. In unserem Falle käme das Pfandrecht erst nach der Konkurseröffnung zur Entstehung; dies wird aber durch § 15 KO ausgeschlossen (Jaeger § 15 Anm. 23).

Aber auch falls Breit's Ausführungen richtig wären, würden sie den Bezogenen insofern schlechter stellen, als er bei fahrlässiger Unkenntnis der Konkurseröffnung die Befugnis zur Aufrechnung nicht hätte, während andererseits in jedem Fall, auch wenn die Zahlung nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgte, dem Konkursverwalter der Beweis dafür obläge, daß der Bezogene die Konkurseröffnung zur Zeit der Leistung kannte oder hätte kennen müssen (Breit S. 516),

Dagegen kann dem Bezogenen in keinem Falle auch bei schuldloser Unkenntnis der Konkurseröffnung ein Anspruch auf Erstattung der Auslagen nach §§ 23 Abs. 1 S. 2, 27 KO gewährt werden, wenn er durch die Scheckzahlung dem Aussteller Kredit gewährte. Denn der dem Bezogenen erteilte Auftrag bezog sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, unterstand daher dem § 23 KO nicht (vergl. oben S. 20 f.).[3]) In jedem Falle aber muß sich die Konkursmasse eine durch Befriedigung eines Konkursgläubigers erlangte Bereicherung anrechnen lassen, § 59 Z 3 KO.

Die für die Konkursmasse bestehende Gefahr, daß bei Barguthaben der Bezogene mit schuldbefreiender Wirkung den Scheck einlösen kann, ist durch einfache Anzeige des Konkursverwalters von der Konkurseröffnung an den Bezogenen abwendbar. Ein Widerruf des Schecks, der übrigens erst nach

---

[1]) Jaeger, § 15 Anm. 15.

[2]) vergl. R.G. B. 51 S. 44 f, wo dies auch für den Fall der Hypothekenbestellung zur Sicherung einer künftigen Forderung ausgesprochen wird. Nach § 1163 BGB liegt dann bis zur Entstehung der Forderung eine Eigentümergrundschuld vor.

[3]) Dies übersieht Breit (S. 517), der auch in diesem Falle dem Bezogenen eine Konkursforderung nach § 27 KO gewährt. §§ 23, 27 KO sind hier aber nicht anwendbar.

Ablauf der Vorlegungsfrist wirksam wäre (§ 13 Abs. 3 SchG), hat daher lediglich die Bedeutung, daß er den Bezogenen in deutlicherer Form darauf hinweist, jegliche Zahlungen an den Gemeinschuldner oder dessen Ermächtigten zu unterlassen. Dem Empfänger der Scheckzahlung könnte der Widerruf nichts schaden, da die ihm erteilte Ermächtigung einseitig nicht zurückgenommen werden kann (vergl. oben S. 10), auch wenn sein Regreßanspruch nicht mehr besteht (§ 16 SchG). Eine trotz verspäteter Präsentation und trotz erfolgten Widerrufs erlangte Scheckzahlung kann deshalb dem Empfänger auch nicht als ungerechtfertigte Bereicherung abgenommen werden, da seine Ermächtigung, die Leistung für sich zu erheben, weiter bestand.

Wenn der Bezogene infolge des Widerrufs nicht zahlt, so kann der Scheckinhaber seinen Schadensersatzanspruch nicht etwa als Masseforderung nach § 59 Z. 1 KO anmelden, sondern lediglich als Konkursforderung.[1]) Dies folgt aus denselben Gründen, die beim Widerruf der Anweisung maßgebend waren (oben S. 13 ff.), ganz abgesehen davon, daß sonst die Schutzvorschriften der §§ 6, 7, 8 KO gänzlich wirkungslos würden.

Wird der Scheck erst nach der Konkurseröffnung begeben, so hat die dem Empfänger erteilte Ermächtigung den Konkursgläubigern gegenüber keine Wirksamkeit, § 7 KO. Erfolgt auf Grund dieses Schecks eine Zahlung an den Empfänger, so kann sie von diesem auf Grund von § 812 BGB zurückgefordert werden, selbst wenn er gutgläubig ist. Denn die rechtliche Grundlage, nämlich das zwischen dem Empfänger und dem Aussteller bestehende Rechtsverhältnis, konnte ihm der in Konkurs geratene Aussteller für den Zahlungsempfang nicht mehr rechtswirksam verschaffen. Das Empfangene ist also eine ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers, gleichviel ob die Konkursmasse wegen Gutgläubigkeit des Leistenden die Zahlung sich selbst gegenüber gelten lassen muß[2]) oder nicht (Jaeger, § 8 Anm. 5, Fürst S. 414).

Ob eine Scheckzahlung, die sich der Empfänger in Kenntnis des Konkurses des Ausstellers leisten läßt, gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig macht, ist zu bezweifeln. War der Bezogene bei barem Guthaben des Ausstellers gutgläubig, so wirkt diese Zahlung gegen die Masse; diese allein käme als Geschädigte in Frage. § 826 BGB verlangt aber unmittel-

[1]) Breit S. 507 f.

[2]) Darüber vergl. Breit S. 517.

bare Schädigung.[1]) War der Leistende bösgläubig, so hat er sich den Schaden selbst zuzuschreiben. Bei reellem Guthaben ist also § 826 BGB in diesem Falle ausgeschlossen, ganz abgesehen davon, daß man es kaum als gegen die guten Sitten verstoßend ansehen kann, wenn ein Gläubiger sich mit den Mitteln seines Schuldners bezahlt zu machen sucht[2]). Höchstens in dem Falle könnte man von einer gegen die guten Sitten verstoßenden Schadenszufügung sprechen, wenn dem Empfänger bekannt war, daß der Bezogene den Scheck auf Kredit einlösen werde und daß ihm die Konkurseröffnung unbekannt ist. Dann hat er sich auf Kosten des Bezogenen bezahlt gemacht, obwohl er wußte, daß derselbe bei Kenntnis der Sachlage den Scheck nicht einlösen werde. Doch auch da muß eine Pflicht des Empfängers, den Bezogenen aufzuklären, verneint werden und m. E. ist auch hier § 826 BGB nicht anwendbar.

§ 7.

2. Kapitel.

Die Anfechtung der Scheckzahlung.

Auf die Anfechtung des Schecks und der auf ihn geleisteten Zahlung werden die meisten der für die Anfechtung der Anweisung entwickelten Grundsätze bei der Wesensgleichheit von Anweisung und Scheck Anwendung finden. Jedoch es wird der Umstand, daß der Scheck selbst eine Verpflichtung des Ausstellers begründet, sowie daß er ein Mittel zur Erleichterung von Zahlungen sein soll, einige Unterschiede in der rechtlichen Betrachtung herbeiführen.

I. Während nämlich die noch nicht akzeptierte Anweisung der Anfechtung um des willen nicht unterlag, weil sie dem Empfänger keinerlei Rechte verschaffte und ihr Widerruf jederzeit möglich war, liegt die Sache beim Scheck anders. Dieser begründet eine Haftung des Ausstellers für seine Einlösung, § 15 SchG. Durch die Begebung wird also eine Verpflichtung des Ausstellers erzeugt. Damit kann aber zugleich eine Gläubigerbenachteiligung verbunden sein. Der noch nicht eingelöste Scheck selbst unterliegt daher anders als die Anweisung der Anfechtung.

Zunächst kann § 30 Nr. 1 S. 1 KO in Betracht kommen; denn die Verpflichtung, welche die unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger herbeiführt, entsteht durch einen Vertrag, in

[1]) Staudinger § 826 Note 4, Fischer-Henle § 826 Anm. 2.
[2]) a. M. Fürst S. 412.

dem sich Aussteller und Empfänger darüber einigen, daß das Eigentum am Scheck auf den Empfänger übergehen soll. Ein Beispiel dafür bietet der Fall, daß der Scheck in Erfüllung eines Darlehensvorvertrags gegeben wird, durch den eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubigerschaft nicht herbeigeführt wird; oder daß für eine im Konkurse nicht verfolgbare Forderung z. B. aus §§ 656, 762, 764 BGB, § 66 Börsenges. v. 22. 6. 96 (in der Fassung vom 27. Mai 1908) ein Scheck gegeben wird. Im letzteren Falle ist der Scheck an sich nichtig und erzeugt keine Rechte für den Empfänger. Wird er indessen an einen gutgläubigen Dritten indossiert, so kann diesem gegenüber nach § 18 Abs. 2 SchG die Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden. Die Gläubigerschaft kann infolgedessen dadurch empfindlich geschädigt werden, ohne daß etwa durch § 826 BGB stets Abhülfe geschaffen werden könnte; denn der Aussteller kann ja in die Weiterbegebung gewilligt haben oder der Empfänger braucht dabei nicht an eine Schadenszufügung gedacht haben, abgesehen davon, daß z. B. beim Ehemakellohn der Verstoß gegen die guten Sitten zweifelhaft wäre. Anders als durch die Anfechtung wird da häufig nicht zu helfen sein. Fraglich kann allerdings sein, ob unmittelbare Benachteiligung vorliegt, da der Scheck an sich nichtig ist und erst durch Indossierung wirksam wird. Allein trotz der Nichtigkeit repräsentiert der Scheck einen Vermögenswert, da er eben durch Weiterbegebung vollwertig gemacht werden kann. Außerdem besitzt der Schecknehmer immer den Schein des Rechts für sich. Die Nichtigkeit müßte erst eingewendet werden, um eine Verurteilung abzuwenden. Nach alledem muß man sagen, daß auch in diesem Fall unmittelbar durch die Scheckbegebung die Konkursgläubiger benachteiligt werden, indem dem Schecknehmer tatsächlich die Macht gegeben wird, sich den Scheckbetrag zum Schaden der Masse zu verschaffen. War dem Schecknehmer zur Zeit der Begebung des Schecks die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt, so ist mithin die Anfechtung auf Grund von § 30 Nr. 1 S. 1 möglich. Aus dieser Bestimmung scheiden jedoch Deckungen von Konkursgläubigern aus, da einmal in diesem Fall das Moment der unmittelbaren Benachteiligung fehlt und vor allem, weil dafür die besonderen Bestimmungen in Nr. 1 S. 2 und Nr. 2 in diesem Paragraph vorhanden sind.

War der Schecknehmer ein Konkursgläubiger, so wird regelmäßig eine Anfechtung des Schecks wegen Fehlens einer Benachteiligung nicht nötig sein. Denn der Gläubiger erhält nicht mehr, als er auch ohne den Scheck erhalten würde. Etwaige Einreden lassen sich auch gegen den Anspruch aus

dem Scheck geltend machen — vorausgesetzt, daß er nicht weiterbegeben wurde. Hat der Schecknehmer den Scheck indossiert, so darf er seine Forderung im Konkurse erst dann geltend machen, wenn er seinen Nachmann befriedigt hat. Beide zugleich können am Konkurse nicht teilnehmen, da der Gemeinschuldner, ebenso wie außerhalb des Konkurses, an beide gleichzeitig zu leisten nicht verpflichtet ist. Eine Benachteiligung würde nur dann vorliegen, wenn durch Indossierung des Schecks Einreden gegen den Anspruch des Schecknehmers abgeschnitten wurden. Dann ist eine Anfechtung möglich, wenn die Scheckhingabe in der kritischen Zeit erfolgte und der Schecknehmer einen der Umstände kannte, die in § 30 Z. 1 S. 2 und Z. 2 KO angegeben werden. Denn auch nach Ziffer 2 des § 30 KO ist die Scheckhingabe anfechtbar, da der Konkursgläubiger eine neue Forderung zur Sicherung seines Anspruchs nicht zu beanspruchen hatte. Eine Anfechtung ist aber nur nötig, wenn der Scheck vor Ablauf der Vorlegungsfrist indossiert worden war und ordnungsgemäß protestiert bezw. mit der Erklärung des Bezogenen nach § 16 SchG versehen worden ist. Denn andernfalls sind die Regreßrechte gegen den Aussteller erloschen. Eine Indossierung nach der Protesterhebung oder Attestierung des § 16 SchG verleiht dem Indossatar nicht mehr ein von den Mängeln des Rechtes seines Vormanns unabhängiges Recht, sondern hat nur die Wirkung einer Abtretung der Rechte des Vormanns (arg. Art. 16 Abs. 2 der WO).

Natürlich kann der Scheck auch aus § 31 Z. 1 KO angefochten werden, wenn er z. B. eine Anerkennung einer verjährten Schuld bedeuten sollte und die Absicht, die andern Gläubiger zu schädigen dem andern Teil bekannt war. Auch eine Anfechtung auf Grund von § 31 Z. 2 ist möglich, wenn der Vertrag auch ohne den Scheck der Anfechtung unterliegen würde, wie ja überhaupt durch das Dazwischentreten des Schecks allein ein anfechtbares Rechtsgeschäft nicht der Anfechtung entzogen wird, da es in seinem Zusammenhange als ein einheitliches Rechtsgeschäft betrachtet werden muß (vergl. oben S. 28).

Schließlich ist ein schenkungshalber erteilter Scheck, falls er indossiert ist, dem Schecknehmer gegenüber nach § 32 KO anfechtbar. War der Scheck nicht indossiert, so ist eine Anfechtung überflüssig wegen § 63 Z. 4 KO. Dem Indossatar gegenüber regelt sich die Anfechtbarkeit nach § 40 KO.

II. War der Scheck eingelöst worden, so kann die Scheckzahlung der Anfechtung unterliegen, denn hierdurch wird zwar der Aussteller von einer Verbindlichkeit befreit, allein sehr

häufig auf Kosten der Konkursmasse und zum Nachteil der Gläubiger.

Wir wollen zunächst den der Anweisung auf Schuld analogen Fall betrachten, in dem der Bezogene eine Deckung hatte.

a) War der Schecknehmer ein Konkursgläubiger und kannte er zur Zeit der Scheckzahlung die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag, so ist die Leistung des Bezogenen, die ihm Befriedigung gewährte, auf Grund von § 30 Z. 1 S. 2 anfechtbar, der ganz allgemein von „Rechtshandlungen" spricht, die nicht notwendig solche des Cridars zu sein brauchen.

Dabei ist aber § 24 SchG mit § 34 KO zu berücksichtigen, wonach die vom Gemeinschuldner geleistete Scheckzahlung der Anfechtung aus § 30 Z. 1 S. 2 KO dann nicht unterliegt, wenn der Empfänger bei Verlust des Scheckregresses zur Annahme der Zahlung verbunden war. Der Zweck dieser Vorschrift ist, zu verhüten, daß der Empfänger, der ohne Verlust der Regreßrechte die Zahlung nicht ablehnen konnte, lediglich aus dem Grunde der Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags das Empfangene der Konkursmasse zurückgewähren muß, während seine Regreßrechte mangels der in § 16 SchG bestimmten Voraussetzungen endgültig erloschen sind. Läßt man nun im Konkurse des Ausstellers die Anfechtbarkeit der Scheckzahlung dem Empfänger gegenüber aus § 30 Z. 1 S. 2 KO zu, so muß man wegen der Gleichheit der Voraussetzungen im Sinne des § 24 SchG die Zahlung des Bezogenen der des Ausstellers gleichstellen d. h. die Anfechtung aus § 30 Z. 1 S. 2 KO entfällt im Konkurse des Ausstellers gemäß § 24 SchG auch dann, wenn der Bezogene den Scheck eingelöst hat. Andernfalls würde dem Empfänger, der Protest oder Attestierung nach § 16 SchG nicht hat erlangen können, das Geleistete abgenommen werden, während er seine Regreßrechte verloren hat; gerade das will das Gesetz für den Fall des § 30 Z. 1 S. 2 KO verhüten.

Die Anfechtbarkeit aus § 30 Z. 1 S. 2 KO ist dann nicht ausgeschlossen, wenn die Ablehnung der Zahlung einen Verlust von Regreßrechten garnicht herbeigeführt hätte, also in folgenden Fällen:

1. Wenn bereits Protest erhoben oder das Attest des Bezogenen erlangt war;
2. Wenn der Protest von sämtlichen Regreßpflichtigen erlassen worden war, § 16 Abs. 3 SchG;
3. Wenn die Vorlegungsfrist bereits verstrichen war, § 16 Abs. 1 SchG;

4. Wenn nur eine Teilzahlung angeboten wurde, da Art. 38 WO nicht Anwendung findet;
5. Wenn die Indossanten „ohne Gewährleistung“ indossierten, § 15 Abs. 3 SchG;
6. Wenn der Gemeinschuldner als Aussteller der einzige Regreßpflichtige war und
7. Wenn der Scheck ein Rektascheck war d. h. „nicht an Order“ gestellt, § 8 SchG.

Uebrigens wird durch § 24 SchG die Anfechtung des der Scheckbegebung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes nach § 31 Z. 1 KO nicht ausgeschlossen (Jaeger § 34 Anm. 23).

Der Anwendung des für die Konkursgläubiger viel günstigeren § 30 Z. 2 stellen sich Schwierigkeiten entgegen wegen der Frage, ob eine inkongruente Deckung vorliegt. Denn der Konkursgläubiger hat nur erhalten, was ihm gebührte und zwar in einer im Verkehr üblichen Weise. Denn die Vermittelung der Zahlung durch einen Scheck entspricht den Handelsgewohnheiten in der Weise, daß allein dadurch der Verdacht einer Begünstigung nicht aufkommen konnte. Da aber § 30 Z. 2 nicht jede noch so unbedeutende Abweichung von der Art der Erfüllung, die verlangt werden kann, als zur Anfechtung genügend hinstellen will (z. B. die Wahl eines anderen Transportwegs), sondern nur eine solche, die die Absicht einer Gläubigerbegünstigung vermuten läßt, so wird man sagen müssen, daß eine mittelst Scheck erfolgte Zahlung nicht als inkongruente Deckung zu bezeichnen ist, zumal da der Scheck die Zahlung nicht durch eine andere Art der Befriedigung ersetzen, sondern gerade die Zahlung herbeiführen soll (Fürst S. 414, Jaeger § 30 Anm. 51). Damit wird man am ehesten der Tendenz des Gesetzes vom 11. März 1908 gerecht, den Scheck zur Zahlungsvermittelung einzuführen.

Eine Anfechtung der Scheckzahlung aus § 30 Z. 1 S. 1 KO bei erfüllungshalber gegebenem Scheck findet nicht statt, da Befriedigungen von Konkursgläubigern nicht unter diese Bestimmung fallen (vergl. oben S. 26).

Daß die Befriedigung eines Konkursgläubigers nicht der der Anfechtung aus § 31 Z. 1 KO entzogen ist, ist oben S. 26 f. ausgeführt worden. Durch das Dazwischentreten des Schecks wird diese Anfechtung nicht ausgeschlossen, da mittelbare Schädigung genügt und überdies die Zahlung des Bezogenen als Zahlung des Ausstellers gilt. Jedoch unterliegt die auf einen erfüllungshalber gegebenen Scheck erfolgte Zahlung nicht der Anfechtung des § 31 Z. 2 KO. Darüber vergl. oben S. 27 f.

b. War der Schecknehmer kein Konkursgläubiger geworden, z. B. weil der Scheck wegen des zu Grunde liegenden Rechts-

geschäfts nichtig war (§§ 656, 762, 764 BGB), so kann die Scheckzahlung der Anfechtung aus § 30 Z. 1 S. 1 unterliegen,[1]) ferner auch aus § 31 Z. 1 und Z. 2 KO[2]), sowie bei unentgeltlicher Zuwendung des Schecks aus § 32 KO, falls die in den einzelnen §§ geforderten Umstände zutreffen.

Im übrigen erlangt aber gewöhnlich der Schecknehmer, auch wenn er vorher kein Konkursgläubiger war, durch den Scheck eine im Konkurse verfolgbare Forderung, da der Scheck eine abstrakte Verpflichtung des Ausstellers begründet. Eine Anfechtung findet deshalb nach den für die Konkursgläubiger geltenden Regeln (oben unter a) statt. Außerdem kann dann aber der Scheckbegebungsvertrag nach § 30 Z. 1 S. 1 und § 31 Z. 2 KO angefochten werden, da durch ihn eine unmittelbare Schädigung der Konkursgläubiger infolge Erhöhung der Passivmasse erfolgt ist; der maßgebende Zeitpunkt ist in diesem Falle der der Scheckbegebung. Wird nun der Begebungsvertrag erfolgreich angefochten, so ist zurückzugewähren, was auf Grund desselben der Masse verloren gegangen ist d. h. die Leistung des Bezogenen.

Dem Bezogenen gegenüber ist eine Anfechtung aus § 31 Z. 1 KO sicher möglich, wenn er in Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners den Scheck honoriert. Das von ihm zum Schaden der Konkursmasse Erlangte besteht in der Befreiung von seiner Verbindlichkeit zur Rückgewährung des Depositum. Deshalb ist das Argument Simonsons (S. 62), der Bezogene könne nicht Anfechtungsgegner sein, weil er nichts „empfängt", nicht stichhaltig (vergl. oben S. 31). Dagegen wird für gewöhnlich auch bei Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags eine Anfechtung nach § 30 Z. 1 S. 1 KO deshalb nicht möglich sein, weil der Bezogene zur Honorierung des Schecks dem Aussteller gegenüber verpflichtet war (siehe unten §§ 8, 9)[3]) und eine unmittelbare Benachteiligung nicht vorliegt, indem der Aussteller den vollen Betrag erhält, wenn auch zu Händen eines Dritten. Ueber den Fall in R.G. B. 45 S. 110 ff. vergl. oben S. 30 Anmerkung 2.

2. Bestand das Guthaben des Ausstellers in einem eingeräumten Kredit, so entstehen für gewöhnlich bei erfüllungshalber gegebenen Scheck für die Konkursmasse keine Nachteile, indem an Stelle der einen Verbindlichkeit bei Einlösung des Schecks die gleichhohe an den Bezogenen tritt (vergl. oben S. 31 f). Nur auf Grund von §§ 30 Z. 1 S. 1, 31 Z. 1 und 2

[1]) vergl. oben S. 28 f., ebenso Simonson S. 63.
[2]) vergl. oben S. 28.
[3]) Brodmann S. 166 f.

KO kann die Gewährung des Darlehens durch den Bezogenen diesem gegenüber bei Kenntnis der erforderlichen Umstände in Höhe der Benachteiligung angefochten werden, falls die neue Schuld härtere Bedingungen als die alte enthält z. B. im voraus bereits für die künftigen Forderungen des Bezogenen ein Pfand bestellt war. Dem Schecknehmer gegenüber ist dann die Leistung in Höhe der Benachteiligung nach § 30 Z. 1 S. 2[1]) und § 31 Z. 1 KO bei Kenntnis der Sachlage anfechtbar.

War der Scheck nicht erfüllungshalber erteilt, so ist die Scheckzahlung dem Empfänger gegenüber nach denselben Grundsätzen wie bei durch Barguthaben gedecktem Scheck anfechtbar (oben S. 47), falls überhaupt eine Gläubigerbenachteiligung vorliegt z. B. wenn der Empfänger zahlungsunfähig ist.

Dem Bezogenen gegenüber bewendet es bei der Anfechtbarkeit nach den vorher erwähnten Bestimmungen (§§ 30 Z. 1 S. 1, 31 Z. 1 und Z. 2 KO), da Valuta- und Deckungsverhältnis von einander unabhängig sind, es für den Bezogenen also gleich bleiben muß, ob der Schecknehmer Konkursgläubiger war oder nicht, wenn nur eine Schädigung der Konkursgläubiger eingetreten ist.

Als maßgebender Zeitpunkt für die Kenntnis der jeweils geforderten Umstände kommt bei der Anfechtung der Scheckzahlung in Betracht der Moment der Zahlung.[2]) Ebenso kommt für die Fristen des § 32 KO als kritischer Zeitpunkt der Augenblick der Zahlung in Frage; denn in diesem Augenblicke wird die unentgeltliche Zuwendung erst vollendet. Vorher bestand weder eine Verpflichtung noch eine wirksame „Verfügung“ (auch im Sinne des § 32 KO), § 518 BGB.

Denn durch die Aushändigung des Schecks ist die versprochene Leistung nicht bewirkt, sodaß der Formmangel nach § 518 Abs. 2 BGB noch nicht geheilt ist. Es liegt vielmehr lediglich auf seiten des Ausstellers ein Schuldversprechen vor, auf das § 518 Abs. 1 S. 2 BGB anzuwenden ist. Da bei Ausstellung eines Wechsels die Sachlage mit dieser völlig übereinstimmt, ist es bei der Vorschrift des § 518 Abs. 1 S. 2 BGB unerfindlich, weshalb Staub-Stranz WO Art. 82 Anm. 38 und 46 a behauptet, durch Hingabe eines Wechsels werde der Formmangel eines an sich ungültigen Schenkungsversprechens geheilt nach § 518 Abs. 2 BGB; denn die Begebung eines Wechsels wie auch eines Schecks bedeutet

---

[1]) jedoch unter Berücksichtigung von § 24 SchG mit § 34 KO (vergl. o. S. 45 f.)

[2]) a. M. Fürst S. 413, der nur die Scheckbegebung anfechtbar sein läßt.

nicht die Abtretung des dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehenden Anspruchs. Eine Vermögensverschiebung ist also noch nicht eingetreten. Liegt aber ein formgültiges Schenkungsversprechen vor, so kommt für die Anfechtung der Augenblick des Versprechens in Frage, da dann die zur Erfüllung vorgenommene Verfügung keine unentgeltliche ist (vergl. oben S. 29 f).

Hatte der Schecknehmer den Scheck indossiert, so ist die Sachlage folgende: Der Indossatar wird Gläubiger des Ausstellers; deshalb beurteilt sich die Anfechtung der ihm gegebenen Zahlung nach den für die Deckung von Konkursgläubigern geltenden Vorschriften (oben S. 45 f). Außerdem besteht ihm gegenüber noch die in der Person seines Vormanns begründete Anfechtung, falls er beim Erwerb des Schecks die die Anfechtung herbeiführenden Umstände kannte, § 40 Z. 1 KO, oder ihm der Scheck unentgeltlich zugewendet worden war, § 40 Z. 3 KO. Im ersten Falle (§ 40 Z. 1 KO) wird es sich vor allem um § 31 KO handeln.

Daneben bleibt die dem Schecknehmer gegenüber begründete Anfechtbarkeit mit der Maßgabe bestehen, daß eine Anfechtung ihm gegenüber aus § 30 Z. 1 S. 2 KO dann nicht stattfindet, wenn er bei Indossierung des Schecks gutgläubig war.[1]) Später erlangte Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag wirken gegen ihn arg. § 34 Abs. 2 KO selbst dann nicht, wenn wegen Gutgläubigkeit des Indossatars bei der Einlösung eine Anfechtbarkeit auch diesem gegenüber nicht besteht. Läßt sich der Präsentant des Schecks die Summe für Rechnung eines Dritten auszahlen (z. B. im Falle eines fiduciarischen oder Prokuraindossaments) so genügt zur Anfechtung die Kenntnis des Präsentanten oder des Dritten, § 166 Abs. 2 BGB (Fürst S. 413).

Schließlich muß noch bemerkt werden, daß Einlösungen von Schecks, die nach der Konkurseröffnung erfolgen und wegen guten Glaubens des Bezogenen der Konkursmasse gegenüber nach § 8 Abs. 2 und 3 KO wirksam sind, der Anfechtung genau so unterliegen, als wären sie vor der Konkurseröffnung erfolgt. Dies ergibt sich wegen der Gleichheit der Lage aus § 42 S. 1 KO. Ein argumentum e contrario daraus zu entnehmen, würde dem Zweck der Konkursanfechtung widersprechen.[2])

---

[1]) ebenso Simonson S. 63.

[2]) „Berücksichtigt man, daß § 42 eine Ergänzung zu § 7 darstellt, so ist eine Auslegung berechtigt, welche die Anwendung des § 42 überall da ermöglicht, wo der Schutz des guten Glaubens die Anwendung des § 7 ausschließt“ Petersen-Kleinfeller § 42 Note 2.

Genau dieselben Regeln, die für den bar auszuzahlenden Scheck gelten, finden auch auf den „nur zur Verrechnung“ bestimmten Scheck Anwendung, dessen einziger Unterschied darin besteht, daß er nicht bar, sondern durch Verrechnung (Gutschrift) eingelöst werden muß. Diese Verrechnung gilt aber als Zahlung (§ 14 SchG). Im übrigen unterliegt er ganz denselben Bestimmungen wie der gewöhnliche Scheck. Deshalb ist er trotz seiner Aehnlichkeit mit dem sog. roten Scheck (der Giroanweisung) von diesem wohl zu unterscheiden, da dieser lediglich einen nicht indossierbaren Umschreibeauftrag enthält (siehe unten § 9).

§ 8.

3. Kapitel.

Einwirkungen auf den Scheckvertrag.

Der Ausstellung des Schecks liegt regelmäßig ein Vertrag des Ausstellers mit dem Bezogenen zu Grunde, in dem sich dieser zur Einlösung von Schecks unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet. Einen solchen Scheckvertrag erwartet das Gesetz auch (§ 3 mit § 1 Z. 2), ohne ihn indes als notwendige Bedingung zur Gültigkeit des Schecks zu fordern.[1])

Ueber die Natur dieses Vertrages sind die verschiedenartigsten Meinungen vertreten worden. Während Fick S. 308 f. ihn überhaupt nur als Nebenabrede eines anderen Vertrags gelten lassen will, betrachten ihn die Mehrzahl der anderen Autoren als selbständigen Vertrag, weichen aber in seiner Charakterisierung von einander ab.

Hellwig (Verträge S. 101), Moltmann (S. 25) und Hoffmann (S. 139) betrachten ihn als Vertrag zu Gunsten Dritter. Allein wenn auch an einen Dritten eine Leistung bewirkt werden soll, so liegt doch nach dem Zweck des Vertrags — dem Aussteller die Zahlungsgeschäfte zu erleichtern — ebensowenig ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor,[2]) wie etwa in einem Auftrage, eine Sache zu einem Dritten zu transportieren und dort abzugeben. Daß dies auch dem Dritten zu Gute kommt, ist eine unwesentliche Nebenwirkung. Nicht ausreichend ist zur Ablehnung der Hellwig'schen Ansicht die Begründung, daß im Scheckvertrage keine bestimmte Leistung versprochen wird[3]) oder daß nach dem SchG der

---

[1]) a. M. Buff S. 37.
[2]) Breit S. 490.
[3]) so v. Ziegler S. 220.

Inhaber keinen direkten Anspruch gegen den Bezogenen hat. Die Bestimmung der Leistung kann ja einem der Kontrahenten überlassen sein, § 315 BGB, und nicht immer braucht beim Vertrag zu Gunsten Dritter der Dritte ein unmittelbares Recht gegen den zur Leistung Verpflichteten zu haben (§ 328 Abs. 2 BGB).

Aber selbst wenn er ein Vertrag zu Gunsten Dritter wäre, so würde damit noch nichts gesagt sein über seine rechtliche Natur im Verhältnis zum Aussteller, da die mannigfaltigsten Verträge auf Leistung an Dritte gehen können.

Hoffmann (S. 131) und wohl auch Lessing (S. 49) betrachten ihn als Auftrag, während ihn Staub (HGB Exkurs zu § 363 Anm. 2), Fürst (S. 410), Herzfeld (S. 438) Breit (S. 481) und Conrad (S. 111) als entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB ansehen.

Daß der Scheckvertrag ein selbständiger Vertrag und keine bloße Nebenabrede ist, ergibt sich daraus, daß er selbständig gekündigt werden kann, ohne daß das Grundverhältnis erlischt.[1]) Für die Beurteilung seiner rechtlichen Natur muß man unterscheiden, ob der Bezogene zur Deckung ein Guthaben des Ausstellers hat oder ob er vermittelst des Schecks dem Aussteller Kredit gewährt.

Gewöhnlich gibt der Aussteller dem Bezogenen Depositengelder zur Deckung, die gar nicht[2]) oder nur gering verzinst werden. In diesem Falle liegt ein Dienstvertrag vor,[3]) der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Der Bezogene verpflichtet sich, nach den Weisungen des Ausstellers gewisse Zahlungsgeschäfte zu besorgen, wogegen ihm dieser als Gegenleistung die Ausnutzung der Depositengelder gestattet, indem er sich mit weniger Zinsen begnügt, als ihm bei gewöhnlichem Darlehen geboten würden. Es ist aber kein Grund zu sehen, weshalb die Ueberlassung zur Nutzung nicht als eine Vergütung nach § 511 BGB anzusehen ist (so auch K. Lehmann S. 195).

Dient dagegen die Scheckzahlung der Kreditgewährung an den Aussteller, so liegt ein Auftrag vor, gleichviel ob der Bankier durch lombardierte Gegenstände gesichert ist oder nicht. Denn hier fehlt eine Gegenleistung für die Uebernahme der Zahlungsbesorgungen.[4])

In beiden Fällen erlischt nach § 23 KO der Vertrag mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ausstellers.

---

[1]) Lessing S. 48.
[2]) so bei der Reichsbank.
[3]) so auch Breit S. 482.
[4]) a. M. Simonson S. 51 f.

Ein Eintrittsrecht des Konkursverwalters ist also nach dieser zwingenden Vorschrift ausgeschlossen (so Breit S. 509).[1])

Hatte der Bezogene aus anderen als auf dem Scheckvertrag beruhenden Geschäften Gegenforderungen an den Aussteller, so darf er nach Staub (HGB Exkurs zu § 363 Anm. 12) und Simonson (S. 48 f) nicht ohne besondere Abrede diese gegen das Scheckguthaben aufrechnen, da dies der Parteiabsicht widerstreite. Eine solche Parteiabsicht wird man aber nicht ohne weiteres anerkennen dürfen, denn der Bankier will für gewöhnlich dem Kunden nur dann Kredit gewähren, wenn er irgendwie gedeckt ist. Daraus geht aber hervor, daß er sich eventuell auch an ein vorhandenes Barguthaben halten will, wenn dies auch unter einem besonderen Konto aufgeführt wird (Klein S. 191). Die Führung besonderer Konten kann aber die Einheitlichkeit der Geschäftsverbindung nicht beeinflussen (Lessing S. 52). Aber selbst wenn man eine dahingehende Parteiabsicht annehmen müßte, so tritt sicher für den Fall des Konkurses eine solche stillschweigende Vereinbarung außer Kraft, denn für den Fall sollte sie jedenfalls nicht gelten. Dies wird man sogar von dem ausdrücklichen Ausschluß der Aufrechnung nach Treu und Glauben sagen müssen, falls nicht besondere Umstände dagegen sprechen (vergl. R. G B. 60 S. 358). Uebrigens sichern sich die Banken meistens durch die Klausel, das sämtliche Konten des Kunden Teile eines einheitlichen Kontokorrents sein sollen, sodaß eine Ausgleichung der einzelnen Konten und mithin auch eine Aufrechnung der verschiedenen Passiv- und Aktivsaldos stattfindet.

Darf der Bezogene Schecks honorieren, wenn er Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Ausstellers oder dem Eröffnungsantrage hat? Man wird diese Frage bejahen müssen, denn der Bezogene kommt nur seiner Pflicht nach und kann nicht wissen, ob eine Konkurseröffnung tatsächlich erfolgt. Deshalb ist nicht § 55 Abs. 1 Z. 3 KO, sondern Abs. 2 anzuwenden und eine Aufrechnung mit der durch Ausführung des Auftrags erlangten Forderung ist statthaft, bezw. es tritt die Befreiung des Bezogenen nach § 787 Abs. 1 BGB ein. Außerdem kann gerade durch die Honorierung des Schecks vielleicht noch das Aeußerste vermieden werden. Nur wenn der Bezogene weiß, daß durch die Scheckzahlung eine Gläubigerbenachteiligung beabsichtigt ist, wird er zur Vermeidung einer ihn treffenden Anfechtung nach § 31 Z. 1 KO die Zahlung ablehnen müssen (vergl. oben S. 31).[2])

---

[1]) a. M. Lessing S. 49.

[2]) ebenso Mez S. 115 f, Brodmann S. 166 ff, a. M. Klein S. 196.

Umgekehrt ist fraglich, ob der Bezogene einen Scheck an einen Schecknehmer leisten darf, von dem er weiß, daß er seine Zahlungen eingestellt hat. Bei dieser Sachlage wird gewöhnlich der Aussteller, für dessen Rechnung ja gezahlt wird, sein Geld verlieren und sich mit der Konkursdividende begnügen müssen, falls er mit dem Scheck dem Nehmer Kredit gewähren wollte und der Scheck honoriert wird. Der Bezogene als Beauftragter ist aber „kein mechanisches Werkzeug, sondern stellt auch seine Intelligenz in den Dienst des Auftraggebers. Er ist demnach nach § 665 BGB nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, von den Weisungen abzugehen, wenn bei deren Befolgung bei Lage der Sache dem Auftraggeber zweifellos ein Schaden erwachsen würde“ (Fischer-Henle § 665 Anm. 1). Der Bezogene hat also, wenn er Grund zu der Annahme hat, daß das Interesse des Ausstellers es erfordert, einstweilen die Zahlung zu verweigern und vom Aussteller unter Hinweis auf die Sachlage neue Weisungen einzuholen. Die Befürchtung, es könnte dadurch der Geschäftsverkehr ins Stocken geraten, ist nicht so wichtig, daß es nicht möglich sein sollte, den Aussteller vor Schaden zu bewahren. Außerdem vergeht, falls der Scheck nicht direkt an der Hauptkasse des Bezogenen präsentiert wird, gewöhnlich einige Zeit, ehe die nötigen Informationen eingeholt sind, ob noch ein Guthaben des Ausstellers vorhanden ist; da kann es nicht schaden, wenn es noch eine Weile länger dauert, um den Aussteller zu befragen, besonders wo Telephon und Telegraph zur Verfügung stehen. Eine rein mechanisch arbeitende Zahlstelle ist die Bank aber nicht, wie Brodmann (S. 161), Breit (S. 528) und R.G. B. 54, S. 329 ff es als Inhalt des Scheckvertrags behaupten (Klein S. 186 f). Der Scheck begründet allerdings einen Anspruch gegen den Aussteller, der auch nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schecknehmers erzwungen werden kann. Allein ist der Scheck nicht eingelöst worden, so hat vielleicht der Aussteller noch die Möglichkeit, den Kreditierungsvertrag nach § 610 BGB rückgängig zu machen, falls die Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Schecknehmers erst nach dem Versprechen der Kreditgewährung erfolgt ist; denn mit der Hingabe des Schecks ist das Darlehensversprechen noch nicht erfüllt und für den Widerruf immer noch Raum. Bestand dagegen die Kreditunwürdigkeit schon zur Zeit des Abschlusses des Vorvertrags, so ist wahrscheinlich eine Anfechtung desselben nach §§ 119 oder 123 BGB möglich. Damit entfällt auch die Haftung des Ausstellers für die Einlösung des Schecks, da die Forderung aus demselben nach § 812 S. 2 und Abs. 2 (condictio causa finita)

nicht realisiert werden kann. Die Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB ist freilich auch nach der Zahlung und nach der Konkurseröffnung möglich, allerdings auch nur mit dem Erfolg. daß der Aussteller gewöhnlicher Konkursgläubiger wird, nicht etwa nach § 59 Z. 3 KO Massegläubiger. Es wäre also unzutreffend, wenn man unter Berufung darauf, daß der Aussteller nach § 15 SchG doch zur Einlösung verpflichtet wäre, dem Bezogenen das Recht zur Honorierung auch in dem fraglichen Falle ohne weiteres einräumen wollte. Dieser hat vielmehr nach § 665 BGB zu verfahren. Wird dann das Konkursverfahren über das Vermögen des Ausstellers eröffnet, so braucht dessen Konkursmasse eine unter Verletzung dieser Regeln vorgenommene Scheckzahlung oder Gutschrift nicht gegen sich gelten zu lassen.[1]) Im Interesse eines geregelten Geschäftsverkehrs muß diese Bestimmung allerdings zu Gunsten des Bezogenen auf zweifellose Fälle beschränkt werden. Deshalb gilt das eben Gesagte nur für Orderschecks, die einen bestimmten Zahlungsempfänger nennen und nicht indossiert sind oder aber an die eigne Order gestellt sind und nur ein Indossament enthalten, das kein Blankoindossament sein darf. Denn der Schaden trifft beim Konkurs des Zahlungsempfängers nur den unmittelbaren Vormann; ergiebt sich nicht aus dem Sckeck, daß dies der Aussteller ist, so ist der Bezogene nicht zur Beobachtung besonderer Sorgfalt verpflichtet, da er nur zum Aussteller in einem Vertragsverhältnis steht. Beim reinen Inhaberscheck oder bei einem mit Blankoindossement versehenen Orderscheck ergiebt sich nicht mit Sicherheit, daß der Scheck nicht durch mehr Hände gegangen ist, und weitere Nachforschungen kann man dem Bezogenen nicht zumuten.

§ 9.

4. Kapitel.

Die Giroanweisung.

Neben dem eigentlichen bar auszuzahlenden oder durch Verrechnung einzulösenden (sog. weißen) Scheck ist im Verkehr noch der sog. rote Scheck, auch Giroanweisung genannt, im Gebrauch. Er enthält die Aufforderung an den Bezogenen, einem bestimmt bezeichneten Dritten für Rechnung des Ausstellers eine bestimmte Summe gut zu schreiben. Trotz seiner Aehnlichkeit mit dem Verrechnungsscheck und trotz-

[1]) a. M. Brodmann S. 163 und R.G. B. 54 S. 329 ff.

dem er dem Bezogenen gegenüber die gleichen Wirkungen hat wie dieser,[1]) bestehen doch zwischen beiden fundamentale Unterschiede.

Da der rote Scheck nicht dem Erfordernis des § 1 Z 2 SchG entsprechend die Anweisung enthält, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, er gewöhnlich auch nicht als Scheck bezeichnet ist (§ 1, Z. 1 SchG), so kann er nicht als Scheck im Sinne des Scheckgesetzes angesehen werden (vergl. oben S. 35 Anmerkung). Er fällt aber auch nicht unter den Begriff der Anweisung nach § 783 ff BGB, § 663 HGB (Dernburg Bürg. Recht II, 2, S. 254 Note 8). Denn durch den roten Scheck wird lediglich der Bezogene ermächtigt (und beauftragt,[2]) für Rechnung des Ausstellers an den Dritten eine Leistung zu bewirken, ohne daß diesem ein Recht darauf, ja nicht einmal die Ermächtigung zur Erhebung im eigenen Namen eingeräumt würde. Der Bezogene handelt bei der Gutschrift im eignen Namen, seine Leistung, die Verpflichtungserklärung nimmt der Dritte durch einen Stellvertreter entgegen, der derselbe Bezogene ist. Die Konstruktion ist folgende:

Durch den roten Scheck macht der Aussteller dem Bezogenen den Antrag, die im Scheck genannte Summe dem Dritten auf seine (des Ausstellers) Rechnung schuldig zu werden. Diesen Antrag nimmt der Bezogene durch die Ausführung der Zuschreibung zum Konto des Dritten an, ohne daß diese Annahmeerklärung dem Aussteller nach § 151 BGB zuzugehen braucht. Durch die Gutschrift verspricht der Bezogene dem Dritten die Summe. Die Annahmeerklärung dieses Versprechens seitens des Dritten geschieht durch den Bezogenen als dessen Stellvertreter, dem im voraus die Befugnis erteilt wurde, Girozahlungen für den Dritten anzunehmen. Es liegt ein vom Bezogenen im eignen Namen[3]) mit sich als Vertreter eines Dritten (des Empfängers) geschlossener Schuldvertrag vor, ein Kontrahieren mit sich selbst, was nach § 181 BGB möglich ist. Daher wird auch dieser Vertrag ohne Benachrichtigung des Dritten im Moment der Gutschrift perfiziert. Es liegt sonach ein Fall der Delegation vor: Der Ueber-

---

[1]) Beim Verrechnungsscheck kann die Einlösung auch durch Aufrechnung des Bezogenen mit einer ihm zustehenden Forderung gegen den Remittenten erfolgen, während dies bei der Giroanweisung nach dem Willen des Ausstellers ausgeschlossen ist. Doch nichts hindert den Bezogenen, sofort nach erfolgter Gutschrift die Aufrechnung zu erklären und so den nämlichen Erfolg herbeizuführen; vergl. Lessing S. 121.

[2]) Der Auftrag kann ja ohne ausdrückliche Erklärung angenommen werden, § 151 BGB.

[3]) Breit S. 485.

weisende tilgt seine Schuld an den Dritten durch Zuweisung eines neuen Schuldners. Die Gutschrift ist mithin ein abstrakter Vertrag zwischen dem Bezogenen und dem Dritten, der ein Schuldverhältnis zum Gegenstande hat. Er ist selbst dann gültig, wenn das Valutaverhältnis (zwischen dem Aussteller und dem Dritten) und das Deckungsverhältnis (zwischen dem Bezogenen und dem Aussteller) nichtig ist.

Von einer mit dem Schuldner (Bezogenen) vereinbarten Abtretung des Guthabens an den Dritten kann man deshalb nicht sprechen, weil diese Konstruktion auf den Fall des Kreditguthabens nicht paßt und eine Abtretung von den Parteien nicht gewollt ist. Auch die von Brodmann S. 139 vertretene Ansicht, daß der Bezogene bei der Gutschrift als Bevollmächtigter des Ueberweisenden handelt, ist kaum zu stützen; denn man kann nicht im Namen eines anderen etwas versprechen mit der Wirkung, daß man es selbst schuldig wird. Wenn auch die Gutschrift der Zahlung gleich steht, so ist sie doch für die Entwickelung der Regeln, nach denen sie im Konkurse des Ausstellers zu beurteilen ist, als das zu behandeln, was sie ist, nämlich als ein Schuldversprechen. Für den Konkurs des Ueberweisenden ist es von großer Wichtigkeit festzustellen, ob der Bezogene als Vertreter jenes handelt, da in diesem Falle seine Handlungen nach § 7 KO den Konkursgläubigern gegenüber nichtig wären (Jaeger § 7, Anm. 5, oben S. 16). Dass er aber notwendiger Weise im eignen Namen handeln muß, ist gezeigt worden.

a. Die Folgen des Konkurses des Ausstellers auf den Umschreibeauftrag wollen wir zunächst für den Fall betrachten, daß der Bezogene durch ein bares Guthaben gedeckt ist.

In diesem Falle erlischt mit der Konkurseröffnung der Umschreibeauftrag, da er sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht. Eine dennoch vorgenommene Umschreibung wirkt nicht gegen die Konkursmasse; nur im Falle schuldloser Unkenntnis kann der Bezogene nach §§ 23 Abs. 1 S. 2, 27 KO in Verbindung mit § 674 BGB den Anspruch auf Befreiung von der Verpflichtung an den Dritten bezw. den verauslagten Betrag als Konkursforderung anmelden. Diese Bestimmung wird aber nur dann in Betracht kommen, wenn die Gutschrift nach der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung erfolgt ist und der Bezogene seinen guten Glauben nicht nachzuweisen vermag, ihm aber auch nicht Kenntnis oder auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Konkurseröffnung bewiesen werden kann, da sonst die weitergreifenden Vorschriften des § 8 Abs. 2 und 3 KO anzuwenden sind. Denn für den Bezogenen hat die Umschreibung dieselben Wirkungen wie eine bare Auszahlung und steht einer Leistung an den Cridar

gleich (vergl. oben S. 18 f). An sich wird also nach § 8 Abs. 1 KO der Bezogene von seiner Pflicht zur Rückgewährung des Guthabens an die Masse nur insoweit befreit als seine Leistung in die Konkursmasse gelangt oder ihr zu gute gekommen ist (§ 59 Z. 3 KO) z. B. in Höhe der Dividende, die der Dritte als Konkursgläubiger zu beanspruchen gehabt hätte. Bei Unkenntnis der Konkurseröffnung tritt die Befreiung nach Maßgabe von § 8 Abs. 2 und 3 KO ein.

Die Vermögensverschiebung tritt im Moment der Zuschreibung zu dem Konto des Dritten ein. Eine vorher erfolgte Abschreibung vom Konto des Ausstellers hat lediglich vorbereitende Wirkung (Brodmann S. 135). Erfährt deshalb der Bezogene nach der Abschreibung, aber vor der Zuschreibung die Konkurseröffnung, so darf er die Gutschrift nicht mehr vornehmen, sondern muß dem Aussteller den abgeschriebenen Betrag wieder gutbringen[1]). Andernfalls erhöht sich zwar das Guthaben des Dritten[2]), die Abschreibung ist jedoch der Konkursmasse gegenüber unwirksam[3]). Als Zeit der Leistung kommt darum auch für § 8 Abs. 2 und 3 KO die Zeit der Zuschreibung an den Dritten, nicht die der Abschreibung in Betracht.

Zur Vermeidung etwaiger für die Konkursmasse nachteiliger Folgen wird deshalb der Konkursverwalter dem Bezogenen unverzüglich Mitteilung von der Konkurseröffnung machen und zur Sicherheit den Umschreibeauftrag widerrufen.

Der Bezogene wird in gleicher Weise gemäß § 8 Abs. 2 und 3 KO befreit, wenn die Giroanweisung nach der Konkurseröffnung ausgestellt wurde; dagegen kann eine Gutschrift, die auf eine nach der Konkurseröffnung ausgestellte Giroanweisung erfolgte, vom Konkursverwalter rückgängig gemacht werden, da der Cridar nicht mehr befugt war, dem Dritten einen Rechtsgrund für das abstrakte Schuldversprechen des Bezogenen in Gestalt des zwischen dem Cridar und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses zu verschaffen, der Dritte mithin ohne rechtlichen Grund zum Schaden der Konkursmasse bereichert worden ist (vergl. oben S. 13 Anm. 1, 41).

Erfolgt die Umschreibung nach der Konkurseröffnung auf Grund eines vom Bezogenen dem Aussteller eingeräumten Kredites, so kann der Bezogene seinen Anspruch auf Ersatz der Auslagen auch bei Unkenntnis der Konkurseröffnung nicht geltend machen, da seine Forderung erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist und sich der Auftrag nicht auf das

---

[1]) Rechtspr. d. OLG B. 14 S. 411.
[2]) Mez, S. 106 Note 155.
[3]) Mez, S. 108; RG im Bankarchiv Band 3, Juninummer.

zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (vergl. oben S. 20 f).

Nur auf Grund von § 59 Z. 3 kann er in Höhe einer Bereicherung der Masse Ersatz verlangen, falls durch die Gutschrift ein Konkursgläubiger befriedigt wurde.

b. Bei der Untersuchung der Anfechtbarkeit der Umschreibung dem Empfänger gegenüber ist davon auszugehen, daß der Bezogene als Stellvertreter des Empfängers nach dessen Weisungen handelt, sodass für die Kenntnis der die Anfechtbarkeit begründenden Umstände nach § 166 Abs. 1 und 2 BGB die Person des Bezogenen oder die des Empfängers in Betracht kommt. Es mag für den ersten Augenblick seltsam erscheinen, daß der Bezogene nach bestimmten Weisungen des Empfängers gehandelt haben soll, wo ihm doch für den einzelnen Fall keine Instruktionen erteilt worden sind. Allein dem Erfordernis der Bestimmtheit der Weisung ist genügt, wenn die Tätigkeit des Stellvertreters fest umschrieben ist, sei es auch im voraus ein für alle Mal und im allgemeinen für gewisse Arten von Geschäften, ohne daß die Person des Gegenkontrahenten bezeichnet zu sein braucht (ähnlich Staudinger I § 166 Note 2 Abs. 3)[1]). Der Abs. 2 des § 166 BGB will den Fall treffen, wo der Stellvertreter nicht aus eigener Initiative das Geschäft abschließt. Die Tätigkeit des Bezogenen für den Dritten (Empfänger) ist eine im voraus geregelte; er hat in seinem Verhältnis zum Empfänger nur die Funktionen einer Zahlstelle. Irgend eine Befugnis zum selbständigen Handeln ist ihm nicht eingeräumt. Er arbeitet nach den ihm erteilten Anordnungen ohne weitere Geistestätigkeit. Im Interesse der Gerechtigkeit liegt aber kein Grund vor, das Erfordernis der Bestimmtheit der Weisung allzu streng zu nehmen; denn sonst würden sich die unbilligen Ergebnisse mehren, wo der Vertretene trotz eigener Unredlichkeit unanfechtbar erwirbt (Staudinger a. a. O). In unserem Falle würde es aber bedeuten, daß auch bei Kenntnis des Empfängers vom Sachstande eine Anfechtung aus § 30 KO — praktisch doch jedenfalls die wichtigste — nicht möglich ist, falls der Bezogene nichts davon weiß, ein sehr unerfreuliches Resultat. Schon aus diesem Grunde erscheint die Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB auf die Gutschrift geboten.

Die Giroanweisung selbst ist nicht anfechtbar, da sie frei widerrufen werden kann, solange sie noch nicht vollzogen ist, und eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger nicht herbeiführt.

---

[1]) a. M. Plank, § 166 Note 2.

Mit der Gutschrift vollzieht sich aber eine Vermögensverschiebung zu Lasten des Ausstellers, die auch die Konkursgläubiger schädigen kann, indem sie die Aktivmasse vermindert.

Trotz der begrifflichen Verschiedenheit von Scheck und Giroanweisung regelt sich doch die Anfechtbarkeit der Gutschrift nach den für die Anfechtung der Scheckzahlung geltenden Vorschriften, da die Stellung des Bezogenen zum Aussteller in beiden Fällen die gleiche ist und im Ergebnis Scheckzahlung und Gutschrift gleichwertig sind. Nur § 24 SchG läßt sich hier nicht anwenden.

a. Wir betrachten zunächst den Fall, in dem der Bezogene Deckung durch ein Barguthaben des Ausstellers besitzt.

War der Empfänger ein Konkursgläubiger und war ihm oder dem Bezogenen zur Zeit der Gutschrift die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt, so ist die durch die Gutschrift erfolgte Befriedigung anfechtbar auf Grund von § 30 Z. 1 S. 2 KO, da die von dieser Bestimmung getroffenen Rechtshandlungen nicht vom Cridar vorgenommen zu sein brauchen (vergl. oben S. 25).

Dagegen ist eine Anfechtung aus § 30 Z. 2 KO nicht möglich, da nach der im Verkehr üblichen Anschauung die Gutschrift der baren Zahlung gleichgeachtet wird und eine ganz gewöhnliche Art der Befriedigung vorliegt, nicht eine dermaßen von der zu beanspruchenden abweichende Erfüllungsweise, daß sie eine Anfechtung nach § 30 Z. 2 KO rechtfertigen könnte (vergl. oben S. 46). Bei Kenntnis einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht ist die Gutschrift nach § 31 Z. 1 KO anfechtbar, da hier eine unmittelbare Benachteiligung nicht gefordert wird (vergl. oben S. 27). Dagegegen unterliegt die zu Erfüllungszwecken erfolgte Gutschrift nicht der Anfechtung aus § 30 Z. 1 S. 1 (oben S. 26, 46) und nicht aus § 31 Z. 2 KO (oben S. 27 f, 46).

War der Empfänger kein Konkursgläubiger, so ist eine Anfechtung der Gutschrift möglich aus § 30 Z. 1 S. 1, falls bei direkter Leistung des Ausstellers an den Empfänger diese anfechtbar gewesen wäre. Es gilt der wiederholt erwähnte Grundsatz, daß die Leistung des Bezogenen als Leistung des Ausstellers angesehen wird und die einzelnen Momente des zwischen dem Empfänger und dem Aussteller abgeschlossenen Rechtsgeschäfts für die Gläubigeranfechtung als Einheit gelten müssen (oben S. 28).

Danach ist auch eine Anfechtung aus § 31 Z. 2 KO möglich, selbstverständlich auch aus § 31 Z 1. Im Falle unentgeltlicher Zuwendung des gutgeschriebenen Betrags greift § 32 ein. Die „Verfügung" liegt hier in der Beauftragung des Bezogenen zur Leistung (oben S. 29). Trotzdem kommt als maßgebender

Zeitpunkt derjenige der Gutschrift in Frage, da der Bezogene wenn auch im eignen Namen so doch für den Aussteller leistet und damit erst die unentgeltliche Verfügung ihren Abschluß erlangt (oben S. 48 f).

b. Bestand das Guthaben des Ausstellers in einem eingeräumten Kredit, so entfällt bei der zur Befriedigung eines Konkursgläubigers vorgenommene Gutschrift mangels einer Gläubigerbenachteiligung die Anfechtung, da nur an Stelle der erloschenen Verbindlichkeit eine andre tritt (oben S. 31, 47). Sollte die für den Bezogenen entstehende Forderung durch ein Pfandrecht gesichert sein, während es die alte Forderung (für den Empfänger) nicht war, so kann dem Bezogenen gegenüber auf Grund von § 30 Z. 1 S. 1 sowie von § 31 Z. 1 und Z. 2 KO die Gewährung des Kredites bei Kenntnis der jeweils die Anfechtung begründenden Umstände in Höhe der Benachteiligung angefochten werden, ohne daß sich der Bezogene etwa an vorher als Deckung lombardierte Waren oder Wertpapiere halten kann. Zwar könnte eingewendet werden, daß eine unmittelbare Benachteiligung durch das Entstehen des Pfandrechts deshalb nicht vorliegt, weil der Gemeinschuldner den vollen Gegenwert empfängt. Allein er empfängt ihn gar nicht, sondern das Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners mit dem Bezogenen stellt sich so dar, daß dieser die Auszahlung eines Gläubigers übernimmt gegen Begründung einer durch Pfandrecht gesicherten Forderung gegen den Aussteller (ähnlich R.G. B. 53 S. 234 ff). Während sonst der Konkursverwalter den verpfändeten Gegenstand voll ausnützen könnte, ist er jetzt durch das Absonderungsrecht des Bezogenen entwertet. Irgend eine Kenntnis des Valutaverhältnisses braucht der Bezogene dabei nicht zu haben.[1]) Ist die Anfechtung gegen den Bezogenen begründet, so ist sie es in diesem Falle auch gegen den Empfänger nach §§ 30 Z. 1 S. 2, 31 Z. 1 KO, da hier die Kenntnis des Bezogenen — als seines Stellvertreters — ihm nach § 166 BGB angerechnet wird. Außerdem ist die Anfechtbarkeit gegen den Empfänger auch noch möglich, wenn nur dieser die Umstände kannte.

War der Empfänger kein Konkursgläubiger, so gelten für ihn die nämlichen Grundsätze für die Anfechtung wie bei durch Barguthaben gedeckter Gutschrift, falls die Konkursmasse z. B. durch Zahlungsunfähigkeit des Empfängers eine

---

[1]) Bei durch Barguthaben gedecktem Ueberweisungsauftrag trifft diese Erwägung nicht zu, da in diesem Falle der Angewiesene zur Ausführung des Auftrags verpflichtet war und § 30 Z. 1 S. 1 KO nicht anwendbar ist (Brodmann S. 166 f.)

Einbuße erlitten hat. Dem Bezogenen gegenüber verbleibt es bei den eben entwickelten Regeln (S. 60), da das Valutaverhältnis auf ihn keinen Einfluß ausübt.

Als maßgebender Zeitpunkt kommt stets die Zeit der Gutschrift in Betracht, nicht etwa die der Ausstellung der Giroanweisung oder die der Abschreibung. Anfechtungsgegner ist stets der Empfänger; der Bezogene, gleichviel ob er durch Barguthaben gedeckt ist oder nicht, nur in den beiden S. 60 erwähnten Fällen (vergl. oben S. 30 f.)

Daß eine nach der Konkurseröffnung erfolgte Gutsehrift, die bei barem Guthaben den Bezogenen infolge seines guten Glaubens der Konkursmasse gegenüber befreit, dem Empfänger gegenüber anfechtbar sein kann, folgt aus den oben S. 49 angeführten Gründen.

Die Einwirkungen der Konkurseröffnung über das Vermögen des Ausstellers auf den zwischen diesem und dem Bezogenen bestehenden Girovertrag sind dieselben wie die Einwirkungen der Konkurseröffnung auf den Scheckvertrag, mit dem der Girovertrag inhaltlich mit der einzigen Abänderung übereinstimmt, daß bei diesem die Leistung an den Dritten nur durch Gutschrift erfolgen darf, und von dem sich gewöhnlich ein besonderer Girovertrag gar nicht trennen läßt, indem sich der Bezogene in einem einheitlichen Vertrage verpflichtet, auf Erfordern des Ausstellers einem Dritten die bestimmte Summe entweder bar auszuzahlen oder seinem Konto gutzuschreiben. Deshalb gelten hierfür die in § 8 entwickelten Grundsätze.